Bavar. 4645 y
(21

<36613214920013

<36613214920013

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Abt. f. Rechtsangel.
R

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

Christian Carl Glück und Carl Friedrich Dollmann,

herausgegeben

von

Johann Adam Seuffert.

Neue Folge II. Band.

Der gesammten Folge XXI. Band.

Erlangen, 1856,

Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.

(Adolph Enke.)

Digitized by Google

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Alphabetisches Register

zum

ein und zwanzigsten Bande der Blätter für Rechtsanwendung.

Neue Folge I. Band.

Seite

Ablehnungsrecht: des Angeklagten bezüglich der Geschwornen 337

Ablösungsgesetz: Arrestgesuch auf Grund Art. 34 desselben 350

Abweisung in der angebrachten Art 296

Abwesende: Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende (pr. Recht) 448

Ueber die Berücksichtigung der Rechte des abwesenden Vaters bei den im Interesse des minderjährigen Kindes zu treffenden Anordnungen 381

Actio negatoria: Beweislast. wenn Erlöschung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist 495

Adhäsion: Verzicht auf dieselbe durch ein nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereichtes Gesuch um Verlängerung der Beweisfrist 494

Advokatengebühren, s. Rekurs.

Alimente, provisorische: einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses verabreicht, sind nicht zur Rückforderung geeignet 155

Alimentenklage: Ernährung des Kindes durch Dritte . 220

Amtsehrenbeleidigung: über deren Thatbestand . . 372

Ankauf: von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, von verdächtigen Personen. (pr. Recht) 32

Ansbacher Recht, s. Kirchenbauten.

Appellation, s. Berufung.

Arrest: zur Sicherung des später Verfallenden 125

Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes . 350

Digitized by Google

Seite
Legitimation zur Anstellung eines Arrestgesuches . . . 270
Revision gegen Erkenntnisse auf Arrestverhängung . . . 416
Au porteur-Papiere, s. Ankauf. Privatschuldbriefe.
Ausland, s. Verbrechen.
Aussetzung: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale derselben 181
Ausstände einer Handlung: hierauf beanspruchtes Separationsrecht 168
Bayerisches Recht, s. Exceptio non num. pecun. Näherrecht. Verzugszinsen.
Bayreuther Recht, s. Einstandsrecht. Gütergemeinschaft. Intestaterbfolge. Kirchenbauten.
Beamte: Haftung des Fiskus für Beschädigungen durch deren Nachlässigkeit 121
Benefizialerben: Kompetenz der Wechselgerichte bezüglich der Wechselforderungen gegen dieselben 212
Bergordnung, churpfalzbayerische v. 1784: deren Geltung im Würzburgischen 246
Berichtigung und Zahlung 342
Berufung: eventuelle, einer Remonstration beigefügt . . 55
Prüfung der Berufungs-(Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege? . 190
Berufungsunzulässigkeit gegen einen Bescheid über Zeugenbeeidigungs-Modalität 191
Zulässigkeit der Berufung gegen das Dekret über Feststellung der zur Eidesleistung für eine Genossenschaft bestimmten Schwurmänner 462
Inwiefern Berufung gegen das Erkenntniß auf Leistung des Diffessionseides im Exekutivprozesse zulässig sei . . 376
Berufung im Konkurse. Ueber den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch anderen Mitgläubigern zu Gute komme 223
Berufung zur dritten Instanz, s. Revision.
Berufungssumme: Schäden als Hauptsache. Verschiedenheit im Ansatze des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger Berufungen 142
Berufungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener Forderungen in Konkursfällen 144
Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes 446
S. auch Revisionssumme.
Beschädigung: durch Nachlässigkeit der Beamten; desfallsige Haftung des Fiskus 121
Besitzstreit, erbschaftlicher; Einmischung der Käufer von Erbschaftstheilen 57
Beweis, zusammengesetzter 87, 301
Beweis von Dolus und bösem Glauben 400
Beweis über Gemeindemitglieds-Eigenschaft 479
Beweis der Nichtrealität eines Gewerbes 285
Beweisführung: durch beglaubigte Abschriften . . . 16
Beweiskraft: des Grundsteuerkatasters 174

Digitized by Google

Seite
Beweiskraft der Gutsrechnungen 87, 301
Beweiskraft der Strafurtheile im Civilprozesse . 74, 288, 484
Beweislast: bei der actio negatoria, wenn Erlöschung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist 495
Beweislast bei dem Einwande unvollständig erfüllten Verkaufs 366
Beweislast über Nichteinhaltung der Lieferungszeit . . . 415
Beweislast in Realgewerbsstreiten 303
Beweislast über die Eigenschaft eines Zehentrechts . . . 412
Beweissatz: eine Expromission betr. 171
Desgleichen im Betreff des Entschädigungsanspruches wegen eines durch Lokomotiv-Funken verursachten Brandes . 439
Brandschaden: durch Lokomotiv-Funken veranlaßt . . . 439
Civilprozeßsache, s. Justizsache.
Civilrechtliche Verhältnisse: als Thatbestandsmerkmale von Verbrechen und Vergehen 181
Clausula: rebus sic stantibus. (pr. Recht) 64
Commis: Haftung des Prinzipals für dessen Handlungen 278
Communicatio ad Cameram: ihr Unterbleiben eine heilbare Nullität 474
Condictio indebiti: Verzugszinsen bei derselben. (pr. Recht) 464
Constitutum possessorium. (pr. Recht) 368
Cura prodigi: freiwillige Unterwerfung unter dieselbe . 477
Datum: Zurückweisung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sichern Datums . . 85
Debitverhandlungen in Verlassenschaftsakten; Rechtsmittel gegen die desfallsigen Verfügungen 166
Deklaration, s. Injurienklage.
Depositen: Haftung des Staatsärars für gestohlene . . 152
Destinatar: dessen Verhältniß zu dem Frachtführer und Schiffer 274
Devolution: über deren Umfang 224
Diebstahl: von mehreren Personen verabredet, aber nur von einer Person ausgeführt 369
Dienstpersonale: Haftung des Unternehmers für dasselbe 439
Diffessionseid: Erkenntniß auf dessen Leistung im Exekutivprozesse. Berufungszulässigkeit? 376
Dolus: dessen Beweis 400
Domizil: von dessen Begründung. Animus perpetuo commorandi 145
Dotationsberechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist. (fränk. Recht) 318
Ediktstag, s. Präsenzmachen.
Ehe, zweite: umfassen deren Nachtheile auch die statutarische Portion? 401
Ehefrau: die ihr während des Scheidungsprozesses provisorisch verabreichten Alimente können nicht zurückgefordert werden 155
Eheleute: deren wechselseitiges Testament, s. Testament.

Digitized by Google

Seite

Eheliche Pflicht: Kompetenz hinsichtlich der Anträge auf deren Leistung, bei in Aussicht stehender Ehescheidungsklage 257
Ehegerichtskompetenz-Differenzen bei gemischten Ehen 391
Ehescheidungsprozeß: Anträge wegen Vermögenssicherung während desselben gehören nicht vor das Ehe- sondern vor das betr. Civilgericht 209
Ehescheidungsstrafen: Bestimmungen hierüber im Ehevertrage. Stipulatio turpis. (pr. Recht) 164
Ehestreitigkeiten: in gemischter Ehe. Erläut. des Art. III der V. v. 28. Juli 1818 396
Eheverlöbniß, bedingtes. Verlöbniß-Kündigung . . 157
Eheverträge: Konventionalstrafen in denselben 240
S. auch Ehescheidungsstrafen.
Ehrenstrafen: ob sie wegen Meineids im Falle der Anwendung des Art. 99 Nr. IV Th. I des StGB. gerechtfertigt erscheinen? 5
Eid: dem Sohne zuerkannt in dem vom Vater für ihn geführten Prozesse 271
Eidesleistung: einer Gemeinde 43
Ableistung des einem Kloster auferlegten Eides 495
Eidesleistung bei Streitgenossen 109
Eidesunfähigkeit: deren Eintritt nach der Eideszuerkennung. Zuständigkeit des Untergerichts, über die Folgen dieses Eintritts zu erkennen, wenn der fragliche Eid oberrichterlich zuerkannt war 90
Wie ist in diesem Falle zu erkennen? 497
Eidesunmündige: hat deren Meineid auch die Ehrenstrafen zur Folge? 5
Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschwornen Meineides 95
Eigenthum, s. Gemeinde-Eigenthum.
Eingepfarrte, s. Kirchenbauten.
Einkommensteuer: ist im Konkurse aus der gemeinen Masse zu berichtigen 407
Einlösungsrecht: über „vollständige Bezahlung" im Sinne des Hyp.-Ges. §. 64 Abs. 3 bei Ausübung dieses Rechts von Seite eines jüngeren Hyp.-Gläubigers gegenüber dem älteren 305, 507
Einreden: unzulässige Verbindung sich widersprechender 74, 173
Der Nichtwiderspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede ist unnachtheilig 342
Verfahren in Bezug auf Einreden, welche sich im Laufe des Verfahrens hervorgethan haben, und etwa erst in einer oberen Instanz vorgebracht werden 156
Einrede des unvollständig erfüllten Verkaufs; Beweislast 366
Die der Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts aus dem Grunde entgegengesetzte exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses bereits auf telegraph. Wege eine einflußreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen 264

Digitized by Google

Seite

Exceptio non numeratae pecuniae; einmal entgegengesetzt ist sie perpetuirt 296
Die Unterzeichnung des Hypothekenbriefes nach aufgenommenem Hypothekenprotokolle enthält kein die exc. n. n. p. ausschließendes wiederholtes Schuldbekenntniß . . 76
Einrede der Rechtshängigkeit 93
Einrede des Verzichts; nöthige Begründung 479
Begründung der Zahlungseinrede 342
Einspruch: des Miethers gegen beabsichtigten Hausverkauf 253
Einstandsrecht: nach bayreuth. Provinzialrechte.
1) Was ist unter Kindern „außer dem Brode der Eltern" zu verstehen? 348
2) Das Anbieten des Vorkaufs ist erforderlich . . . 349
Emittent: von Privatschuldbriefen auf den Inhaber; Verhältniß desselben zu den Partialgläubigern 452
Enteignungsprozesse: in solchen können zwar nicht Prozeßzinsen, wohl aber Verzugszinsen zuerkannt werden 85
Enthebung vom Portefeuille; Reaktivirung; Gehaltsanspruch 456
Entschädigung: wegen Brandes, durch Lokomotiv-Funken verursacht 439
Erbeinsetzung: mit den Worten „N. respektive dessen Familie" 493
Erbfolge, s. Intestaterbfolge.
Erbschaftlicher Besitzstreit: Einmischung der Käufer von Erbschaftstheilen 57
Erbschaftsentsagung: nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. (pr. Recht) 320, 335
Erfüllungseid: dem Sohne auferlegt, dessen Vater für ihn als Kläger auftrat. Nachträgliches Erbieten in der höheren Instanz 271
Errungenschaft: die Gemeinschaft derselben nach Mainzer Landrecht wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgesetzt 239
Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsantheils nach erfolgter Ehetrennung. (Schweinfurter Stadtrecht) . . 61
Einwand, Klägerin habe keine Unterstützung im Haushalt und im Gewerbsbetrieb geleistet. (Dasselbe Stadtrecht) 462
Ersitzung, s. Servituten.
Exceptio doli 264
Exceptio non numeratae pecuniae 76, 296
S. das Nähere unter Einreden.
Exekutionsverfahren: erfordert die Verfügung der Gutsschätzung kollegiale Berathung? 60
Uebereinkommen zur Anwendung eingeleiteter Exekution. Dessen Giltigkeit bei Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens in Frage gestellt. Ist der Bescheid über diesen Inzidentpunkt als im Exekutionsverfahren ergangen zu betrachten? 76
Frage über Revisionszuläßigkeit im Betreffe des im Exe-

Seite

kutionsverfahren entstandenen Streites zwischen dem Adjudikatar und einem Kaufschillings-Assignatar . . 476
Exekutivprozeß: Erkenntniß auf Leistung des Dissessionseides. Revisionszulässigkeit? 376
Expromission: Klage daraus; Begründung; Beweissatz 171
Extrajudizialbeschwerde: gegen einen Bescheid über Zeugenbeeidigungs-Modalität 191
Extinktivverjährung: gegen dienstlich Abwesende. (pr. Recht) 448
Faustunterpfand: an einem Waarenlager im Universalkonkurse beansprucht 168
Fideikommisse, bedingte: deren Transmission. (preuß. Recht) 448
Finanzgesetz: Erlöschung von Forderungen an die Staatskasse nach §. 31 des Finanzgesetzes v. 1831 304
Firma: Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma 269
Klage gegen Theilhaber einer Firma 275
Fiskus: dessen Haftung für Beschädigungen durch Beamtennachlässigkeit, insbesondere bei Erhebung und Verabfolgung von Inserationsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalveränderungen 121
Haftung des Staatsärars für gestohlene Depositen . . 152
Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus der k. Verkehrsanstalten wegen eines durch Lokomotiv-Funken verursachten Brandes. Beschränkte Geltung des Satzes: qui jure suo utitur etc. Haftung des Unternehmers für das Dienstpersonale. Beweissatz 439
Flußbette: Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerei oder Bestandtheil des Flußbettes sei 127
Form: der Immobiliarverträge; Statutenkollision. Nothwendigkeit der schriftlichen Form solcher Verträge nach pr. Rechte 377
Forstrechte: der Hausbesitzer und Bürger der Stadt Nürnberg in dem s. g. Reichswalde 225
Frachtführer: Verhältniß des Destinatars zu demselben . 274
Fränkisches Recht, s. Dotationsberechtigung. Heimsteuer. Notherbrecht.
Fristen- und Nachlaßverträge von Gemeinden . . 280
Fruktifikation: bei Kleefeldern 431
Gebühren-Ermäßigung, s. Rekurs.
Gehalt: Reaktivirung nach vorgängiger Enthebung vom Portefeuille; Gehaltsanspruch 456
Unter dem Gesammtgehalt im Sinne des §. 23 der IX. Beil. zur V.U. sind auch die Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen 459
Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. Recht) 461
Geigel, Philipp: OAGRath. Nekrolog 111
Berichtigung hiezu 480

Seite
Gemeinde-Eigenthum: zufolge der V. v. 13. Februar 1805 behauptet 478
Gemeindemarkung: Mithut auf derselben, dem Weideberechtigten gegenüber 109
Gemeindemitglieds-Eigenschaft: deren Beweis . 479
Gemeinden: Eidesleistung einer Gemeinde 43
Fristen- und Nachlaßverträge von Gemeinden 280
Gemeinderechte: Streitigkeiten hierüber nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. Verwaltungssache . . 159
Gemeindeumlagen: sind im Konkurse aus der Immobiliarmasse zu berichtigen 408
Gerichtszuständigkeit, s. unter Kompetenz.
Geschäftsverkauf: sammt der bisherigen Kundschaft . 269
Geständniß: im Strafverfahren; Wirksamkeit im Civilprozesse 319
Geständniß, beim Sühneversuch abgelegt 449
Gewerbe: Beweis der Nichtrealität eines Gewerbes . . 285
Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines Gewerbes 317
Gewerbskaduzität; Geltungsgebiet der V. v. 8. Febr 1811 333
Beweislast in Realgewerbsstreiten 303
Erlöschung von Realgewerbsrechten durch Nichtausübung 332
Dreißigjährige Nichtausübung als Erlöschungsgrund bei Realgewerbsrechten 336
Gewerbsteuer: ist im Konkurse aus der gemeinen, nicht aus der Immobiliar-Masse zu berichtigen 407
Glaube, böser: dessen Beweis 400
Gnomen 1, 48, 128, 145, 161, 177, 181, 417, 456, 464, 512
Grundsteuerkataster: dessen Beweiskraft 174
Gütergemeinschaft, eheliche: nach bayreuther Recht . 501
Gutsrechnungen: deren Beweiskraft 87, 301
Gutsschätzung, s. Exekutionsverfahren.
Gutszertrümmerung, gewerbsmäßige: deren strafrechtliche Eigenschaft 113, 129
Verlautbarung der Parzellenkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung . 252
Haftung, s. Fiskus. Prinzipal. Unternehmer.
Hagelversicherungsverein: als juristische Person . 254
Hand- und Spanndienste, s. Kirchenbauten.
Handelsfirma, s. Firma.
Handelsfrauen 270
Handelsgerichtliche Praxis: Mittheilungen aus derselben 273
Handlungsreisende: Verkehr mit denselben 277
Rechtsgeschäfte mit Handlungsreisenden. (pr. Recht) . . 464
Hausbau: auf fremdem Grundstück, mit Einwilligung des Eigenthümers 334
Hegezeit: bei Kleefeldern 431
Heimsteuer: deren Forderung vom Manne nach dem Tode der Frau. (fränk. Recht) 310
Heirathsverträge, s. Eheverträge.

Seite
Herkommen: als Uebung eines Rechts 491
Hopfenkauf: Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs; Beweislast 366
Hypothekengesetz: „vollständige Bezahlung" im Sinne des §. 64, Abs. 3 . . . . . 305, 507
Hypothekenzinsklage: gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts 97, 321
Eingetragene Protestation ist gegen diese Klage unerheblich 445
Hypothekgläubiger: deren Beiziehung zur Zahlung der Forderungen der I. Klasse, desgleichen zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung . 406
Immobiliarverträge: die Vorschrift des Targesetzes v. 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobiliarverträgen ist keine civilrechtliche 161
Statutenkollision bezüglich der Form der Immobiliarverträge. Nothwendigkeit der schriftlichen Form nach preuß. Recht 377
Immobiliarverträge nach vorderösterreichischem Rechte . . 472
Injurien, briefliche: Statutenkollision 331
Injurienklage: deren Entkräftung durch Deklaration auf dieselbe nach gem. Rechte 221
Intestaterbfolge: des mit Kindern konkurrirenden Ehegatten nach bayreuth. Recht 501
Inzidentpunkt im Exekutionsverfahren 76
Jüdischer Zeugeneid: ob in der Synagoge abzunehmen? 444
Der Bescheid über die Art dieser Eidesabnahme ist nicht appellabel 191
Jugend, s. Strafmilderungsgründe.
Justizsache: Prüfung der Berufungs-(Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege? 190
Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten, keine Civilprozeßsache 149
Kaduzität, s. Gewerbe.
Kapitalverbrechen: sind nur die mit Todesstrafe bedrohten 216
Kauf: Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs 366
Wiesern berechtigt die Erfüllungssäumniß des Verkäufers den Käufer vom Vertrage zurückzutreten und auf das Interesse zu klagen? 397
Ankauf von Papieren au porteur von verdächtigen Personen. (pr. Recht.) 32
Kind: Sorge für das Kind bei Abwesenheit des Vaters . 381
Kinder „außer dem Brode der Eltern" 348
Notherbrecht der Kinder nach fränk. Rechte 286
Kindesaussetzung: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandesmerkmale derselben 181
Kirchenbauten: Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten hiezu nach Ansbacher und Bayreuther Provinzialrecht 94
Klausel, s. Clausula.

Seite

Kleefelder: Fruktifikations- und Hegezeit. Oberaufsichtskompetenz des betr. Staatsministeriums 431
Kloster: Eidesleistung für dasselbe 495
Kuratelkonsens zu dessen Prozeßführung 494
Kollegialberathung: über Verfügung der Gutsschätzung im Exekutionsverfahren 60
Kommis: Haftung des Prinzipals für dessen Handlungen 278
Kompensation: illiquide Gegenforderung 80
Kompetenz: Ehegerichts-Kompetenz-Differenzen bei gemischten Ehen 391
Zur Erläuterung des Art. III der V. v. 28. Juli 1818, die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. 396
Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr., bei in Aussicht stehender Ehescheidungsklage. Mandatum de revertendo 257
Anträge wegen Vermögenssicherung, welche während eines Ehescheidungsprozesses gestellt werden, gehören nicht vor das Ehegericht, sondern vor das betr. Civilgericht . . 209
Kompetenz in Streitigkeiten über Gemeinderechte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes 159
Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines Tafernrechts 317
Oberaufsichtskompetenz des betr. Staatsministeriums bezüglich der Fruktifikation und Hegezeit bei Kleefeldern . 431
Gerichtszuständigkeit in Prozessen über Ausübung des Weiderechts, welche bei Verkündung des Gesetzes v. 28. Mai 1852 bereits anhängig waren 40
Kompetenz im Betreffe der Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten 149
Kompetenz der Wechselgerichte bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben 212
Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse im Kompetenzpunkte . . 17
Kompetenzkonflikte: oberstrichterliche Entscheidungen über dergleichen unter Gerichten 209, 257
Konkurs: Präsenzmachen am ersten Ediktstage . . . 231
Appellation im Konkurse; über den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch anderen Mitgläubigern zu Gute komme 223
Konkurskosten, s. Kosten.
S. auch Partikularkonkurs.
Konventionalstrafen: in Heirathsverträgen 240
Körperverletzung: kulpose mit Waffen 374
Kosten: über die Beiziehung der Hypothekgläubiger zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung 409
Kostenpunkt, vom Untergerichte vorbehalten, vom Obergerichte durch Kompensation erledigt. Revisionssumme in diesem Falle 454

Seite

Kreisumlagen: ob zu deren Berichtigung im Konkurse die Immobiliarmasse beizutragen habe? 408
Kuratelkonsens: aus der landgerichtlichen Beglaubigung der Vollmacht zu entnehmen 445
Kuratelkonsens; prozeßführende Klöster 494
Legitimation: zur Anstellung eines Arrestgesuches . . 270
Lehnherrliche Erinnerung: unterlassene Einholung derselben, eine heilbare Nullität 474
Leugnen, frivoles: dessen Strafe 301
Lieferungsgeschäft: Klage auf Erfüllung; exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses bereits auf telegraph. Wege eine einflußreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen 264
Beweislast über die Nichteinhaltung der Lieferungszeit . 415
Mainzer Recht, s. Errungenschaft.
Malzaufschlagsgefälle: sind im Konkurse aus der gemeinen, nicht aus der Immobiliar-Masse zu berichtigen. 407
Mandant: dessen Klagerecht aus Verträgen des Mandatars 273
Mandatum de revertendo: Kompetenz zu dessen Erlassung. (pr. Recht.) 261
Mehrbezug: aus früheren Dienstverhältnissen 459
Meineid: dessen Strafbarkeit bei Eidesunmündigen . . 5, 95
Vergl. auch Ehrenstrafen.
Miethe: auf eine Reihe von Jahren; Arrest zur Sicherstellung des Vermiethers 125
Einspruch des Miethers gegen beabsichtigten Hausverkauf. 253
Ministerstelle: Enthebung von derselben; Reaktivirung; Gehaltsanspruch 456
Miszellen 176, 432
Mithut: auf einer Gemeindemarkung, dem Weideberechtigten gegenüber; Eidesleistung durch einige der Streitgenossen 109
Mora s. Verzug.
Muttergutsauszeige: für Kinder von Siegelmäßigen. 385
Nachlaß- und Fristenverträge: von Gemeinden . 280
Näherrecht: vertragsmäßiges; Rückkaufsrecht. (bayer. Recht.) 238
S. auch Einstandsrecht.
Nekrolog: Philipp Geigel, OAGRath 111
Berichtigung hiezu 480
Nichtausübung, s. Gewerbe.
Nichtigkeit, heilbare wegen unterbliebener communicatio ad Cameram 474
Nichtigkeitsbeschwerde: einer kathol. geistlichen Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des prot. Ehegerichts. 391
Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse in Kompetenzpunkte . . 17
Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des StPGesetzes v. 10. Nov. 1848 193

Seite
Non bis in idem 261
Notariatsurkunde: auswärtige, als öffentliche Urkunde anerkannt 26
Notherbrecht: der Kinder nach fränk. Recht 286
Nudum praeceptum 241
Nürnberg, s. Forstrechte.
Oberberufung, s. Revision.
Ortsrechte: Bezugnahme hierauf; nöthige Begründung . 490
Pächter: Verjährungsbesitz durch dieselben. (pr. Recht.) 240
Partikularkonkurs: zur Feststellung der Rangordnung der Hyp.-Gläubiger in dem Erlöse eines verpfändeten Gutes auch außer dem Falle einer Ueberschuldung zulässig 92
Pflichttheil: über den geeigneten Weg zu dessen Ermittelung bei Erbstreitigkeiten 33, 49
Possessorium ordinarium: dessen Verbindung mit dem Petitorium; das letztere aber nur aushilfsweise zu verstehen 329
Präsenzmachen: am ersten Ediktstage; dessen Nothwendigkeit 231
Preußisches Recht: Ankauf von Papieren au porteur von verdächtigen Personen 32
Clausula rebus sic stantibus 64
Constitutum possessorium 368
Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen im Ehevertrage. 164
Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. 320, 335
Form der Immobiliarverträge 377
Rechtsgeschäfte mit Handlungsreisenden 464
Mandatum de revertendo; Kompetenz zu dessen Erlassung. 261
Wechselseitige Testamente der Ehegatten 220
Transmission bedingter Fideikommisse 448
Verjährungsbesitz durch Pächter 240
Unterbrechung des Verjährungsbesitzes bei Servituten . . 352
Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende 448
Verzugszinsen bei der condictio indebiti 464
Prinzipal: dessen Haftung für Handlungen seines Commis 278
Priorität: Verhältniß der I. und II. Klasse. 406
Privatschuldbriefe: auf den Inhaber; deren Rechtsgiltigkeit 417
Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partialgläubigern 452
Privaturkunde: deren Zurückweisung im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums . . . 85
Protestation: deren Unerheblichkeit gegen die Hypothekenzinsklage 445
Querela non numeratae pecuniae durch Protestation zum Hypothekenamtsprotokolle 471
Prozeßzinsen; illiquider Forderungsbetrag 80, 81
Querela non numeratae pecuniae: durch Protestation zum Hypothekenamtsprotokolle 471

Seite

Reaktivirung: nach der Enthebung vom Portefeuille; Gehaltsanspruch 456
Realgewerbe, s. Gewerbe.
Realzitation: im Verfahren des mündlichen Verhörs. 289
Nachtrag hiezu 336
Rechtsausübung: beschränkte Geltung des Satzes „der sein Recht Ausübende fügt kein Unrecht zu" 439
Rechtshängigkeit: Verweisung von Streitposten wegen Rechtshängigkeit. Entkräftung dieses Ausspruchs in zweiter Instanz läßt Revision nicht zu 93
Rechtskraft 296
Rechtsmittel: gegen Verfügungen über Debitverhandlungen in Verlassenschaftsakten 166
Rekurs: gegen Gebührenermäßigung; Einreichung bei dem Rekursgerichte 222
Remonstration: Zur Erläuterung des §. 55 der Prozeßnovelle von 1837 79
Remonstration mit eventueller Berufung 55
Remonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse . . 17
Revision: gegen Erkenntnisse auf Arrestverhängung . . 416
Prüfung der Revisionszulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege 190
Revisionsunzulässigkeit, wenn in zweiter Instanz die Sache zur weiteren Aburtheilung über Streitposten an die erste Instanz zurückverwiesen wurde, welche dieselbe wegen Rechtshängigkeit ad separatum verwiesen hatte . . . 93
Ueber Revisionszulässigkeit bei gleichförmiger Entscheidung über einen Inzidentpunkt im Exekutionsverfahren . . 76
Revisionsunzulässigkeit bei gleichförmigen Erkenntnissen über einen im Exekutionsverfahren entstandenen Streit zwischen dem Adjudikatar und einem Kaufschillings-Assignatar 476
Revisionssumme: Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes 446
Revisionssumme, wenn der Kostenpunkt vom Untergericht vorbehalten und vom Obergericht durch Kompensation erledigt wurde 454
Richteramt: die Auffassung geltend gemachter Verträge betreffend 88
Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen . . . 284
Rückkaufsrecht. (bayer. Recht.) 238
Sachlegitimation: über Beerbung des Gläubigers . 288
Sachverständige: deren Vernehmung von Amtswegen. 284
Schätzung: ist zu deren Verfügung im Exekutionsverfahren Kollegialberathung erforderlich? 60
Schiffer: Verhältniß des Destinatars zu demselben . . 274
Schuldbekenntniß: wiederholtes, um die exc. non num. pecuniae zu beseitigen; Hypothekenprotokoll und Hypothekenbrief 76
Schützengesellschafts-Verhältnisse: ob Justizsache? 149
Schweinfurter Stadtrecht, s. Errungenschaft.

Seite

Selbsthülfe: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale 181
Ein Fall erlaubter Selbsthülfe 187
Separationsrecht: an einem Waarenlager und den Ausständen einer Handlung im Universalkonkurse auf Grund einfacher Zusicherung in Anspruch genommen 168
Sequestration: bei Klagen auf Kontraktserfüllung . . 350
Servituten: ist zur Ersitzung erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks von den Ausübungshandlungen Kenntniß hatte? 364
Unterbrechung des Verjährungsbesitzes. (pr. Recht.) . 352
Sicherung, s. Vermögenssicherung.
Siegelmäßige: Muttergutsauszeige für deren Kinder . 385
Sohn: des Vaters Klage für den Sohn; Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbieten in der höheren Instanz 271
Sponsalitia largitas 157
Staatsärar, s. Fiskus.
Staatskasse, s. Finanzgesetz.
Statutarische Portion: erstrecken sich die Nachtheile der zweiten Ehe auf dieselbe? 401
Statutenkollision: bezüglich der Form der Immobiliarverträge 377
Bezüglich brieflicher Injurien 331
Stipulatio turpis 164
Strafgesetze: zu deren Auslegung 1, 369
Strafmilderungsgründe: Zusammentreffen derselben. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit. . . . 177, 481
„Ermächtigung" zur Strafherabsetzung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit 465
Strafrechtliche Bedenken 177, 481
Strafurtheile: deren Beweiskraft im Civilprozesse 74, 288, 484
Streitgenossen: Eidesleistung bei denselben 109
Taxernrecht: Konstatirung radizirter Eigenschaft. Kompetenz 317
Targesetz: von 1852; die Vorschrift des Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobiliarverträgen ist keine civilrechtliche 161
Telegraph: dessen Benützung im kaufmännischen Verkehr. 330
Testament: dessen Erklärung durch einen Beistand . . 314
Von der Erklärung des Testirers, die den Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen 455
Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erlöschen durch deren Tod. (pr. Recht.) 220
Testamentsexekutoren: nudum praeceptum . . 241
Thatbestand: civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale. Selbsthülfe. Aussetzung 181
Transmission bedingter Fideikommisse. (pr. Recht) . . 448
Uferländerei: Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerei oder Bestandtheil des Flußbettes sei . . . 127

Seite
Unternehmer: dessen Haftung für das Dienstpersonal . 439
Untersuchungsakten: deren Benützung zu civilrechtlichen Zwecken 433
Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes 446
Urkunde: Zurückweisung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums . . 85
Die Vorschrift des Targesetzes v. 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobiliarverträgen ist keine civilrechtliche 161
Vater: Sorge für das Kind bei Abwesenheit des Vaters . 381
Der Vater als Kläger für den Sohn. Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbieten in der höheren Instanz. 271
Vaterschaft: über die Befugniß der außerehelichen Mutter zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft. 29
Verbrechen: von einem Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. Non bis in idem 261
Kapitalverbrechen sind nur die mit Todesstrafe bedrohten. 216
Verfahren: des mündlichen Verhörs; Realzitation. . . 289
Verjährung: Verjährungsbesitz durch Pächter (pr. Recht.) 240
Ist zur Servituten-Ersitzung erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks Kenntniß von den Ausübungshandlungen hatte? 364
Unterbrechung des Verjährungsbesitzes bei Servituten (pr. Recht) 352
Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende. (pr. Recht.) 448
Extinktivverjährung von realen Gewerbrechten durch Nichtausübung 332, 336
Verkauf: eines Geschäfts sammt der bisherigen Kundschaft. 269
Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs 366
Wozu berechtigt den Käufer die Erfüllungssäumniß des Verkäufers? 397
Verlassenschaftsakten: Debitverhandlungen in denselben. Rechtsmittel gegen die desfallsigen Verfügungen . 166
Verlautbarung: der Parzellenkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung . 252
Vermögenssicherung: Kompetenz für desfallsige Anträge während eines Ehescheidungsprozesses 209
Verschwendung: freiwillige Unterwerfung unter desfallsige Kuratelstellung 477
Vertheidiger: als Zeuge vorgeschlagen 47
Vertrag: dessen Aufhebung wegen veränderter Umstände. (pr. Recht.) 64
Säumniß als Grund des Rücktritts vom Vertrage . . 397
Richteramt, die Auffassung geltend gemachter Verträge betr. 88
Verträge über Immobilien, s. Immobiliarverträge.
Verwahrung: ist deren Einlegung innerhalb der 14 tägigen Frist gegen eine inappellable Verfügung nothwendig, von welcher die Partei zugleich mit dem Endurtheile Kenntniß erhält? 28

Seite
Verwaltungskosten: im Konkurse 406
Verwaltungssachen: dazu gehören Schützengesellschafts-Verhältnisse 149
Desgl. Streitigkeiten über Gemeinderechte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes 159
Desgl. die Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines Gewerbsrechtes 317
Verwandte: über deren Befreiung von der Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung 65
Verzicht: faktischer auf Adhäsion 494
Einrede des Verzichtes; nöthige Begründung 479
Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma 269
Verzug: als Grund des Rücktritts vom Vertrage . . . 397
Verzugszinsen: Unterschied von Prozeßzinsen . . . 80, 81
Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. Recht.) 461
Verzugszinsen bei der condictio indebiti. (pr. Recht) . 464
Voraus: dessen Bestellung schließt die Dotationsberechtigung des Kindes nicht aus. (fränk. Recht.) 318
Waarenlager: hieran beanspruchtes Separationsrecht . 168
Wahrspruch: Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des StPG. v. 10. Nov. 1848 . 193
Wechselgerichte: deren Kompetenz bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben 212
Weide: Mithut auf einer Gemeindemarkung, dem Weideberechtigten gegenüber 109
Weiderecht: Gerichtszuständigkeit in Prozessen über dessen Ausübung, welche bei Verkündung des Gesetzes v. 28. Mai 1852 bereits anhängig waren 40
Werthpapiere au porteur, s. Ankauf. Privatschuldbriefe.
Widerklage: ist sie gegen ein Mitglied der königlichen Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtssache zulässig? . . 353
Widersetzung: Thatbestandserfordernisse 9
Widerspruch: dessen unnachtheilige Unterlassung gegen Einreden, die in faktischer Hinsicht mangelhaft sind . . 342
Würzburg, s. Bergordnung. Fränkisches Recht.
Zahlung: „Berichtigung" und „Zahlung." Begründung der Zahlungseinrede 342
„Vollständige Bezahlung" im Sinne des Hyp.-Gesetzes §. 64 Absatz 3 . . . . . 305, 507
Zehentrecht: Beweislast über dessen Eigenschaft . . . 412
Zeuge: der Vertheidiger als Zeuge vorgeschlagen . . . 47
Zeugeneid: ob bei Juden in der Synagoge abzunehmen? 444
Bescheid über Zeugenbeeidigungs-Modalität; Berufungsunzulässigkeit; Extrajudizialbeschwerde 191
Zeugniß: Verbindlichkeit zu dessen Ablegung; Ausnahme in Ansehung naher Verwandten 65
Zinsen, s. Verzugszinsen.

Seite

Zurechnungsfähigkeit, geminderte, s. Strafmilderungsgründe.
Zurückweisung an den vorigen Richter 224
Zuschlag des ohne Erfolg versteigerten Gutes an den Gläubiger 70
Berichtigung hiezu 96

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 1. Ein Fall erlaubter Selbsthülfe. 187. — §. 8. Von Begründung des Domizils. 145. — §. 13. a) Ehegerichts-Kompetenz-Differenzen bei gemischten Ehen. 391. b) Zur Erläuterung des Art. III. der V. v. 28. Juli 1818, Ehestreitigkeiten bei gem. Ehen betr. 396. c) Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr. Mandatum de revertendo. 257. d) Kompetenz für Anträge wegen Vermögenssicherung während eines Ehescheidungsprozesses. 209. e) Kompetenz in Streitigkeiten über Gemeinderechte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. 159. f) Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft eines Gewerbsrechtes. 317. g) Gerichtszuständigkeit in Weiderechtsstreitigkeiten, welche bei Verkündung des Gesetzes v. 1852 bereits anhängig waren. 40. h) Oberaufsichtskompetenz des betr. Staatsministeriums bezüglich der Fruktifikation u. Hegezeit bei Kleefeldern. 431. i) Kompetenz über Schützengesellschaftsverhältnisse. 149. k) Kompetenz der Wechselgerichte bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben. 212. l) Ueber Richtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen oberstrichterl. Erkenntnisse im Kompetenzpunkte. 17. — §. 17. Debitverhandlungen in Verlassenschaftsakten. 166.

Zweites Kapitel. §. 2. Richteramt, die Auffassung geltend gemachter Verträge betr. 88. — §. 5. Rekurs gegen Gebührenermäßigung, bei dem Rekursgerichte eingereicht. 222.

Drittes Kapitel. §. 4. Possessorium ord. u. petitorium kumulirt. 329. — §. 6. a) Kuratelkonsens durch Vollmachtsbeglaubigung ertheilt. 445. b) Prozeßführende Klöster; Kuratkonsens. 494.

Viertes Kapitel. §. 7. a) Klage aus einer Expromission; Begründung. 171 b) Sachlegitimation über Beerbung des Gläubigers. 288. c) Prozeßzinsen. 80, 81. — §. 17. Abweisung in der angebrachten Art. 296.

Siderische Bahn, s. Bahn, die Bewegung der Gestirne in der Himmelskugel.

Siderisches Jahr, s. Jahr, die Zeit, in welcher die Sonne wieder zu demselben Fixsterne zurückkehrt.

Siderisches Pendel, s. Pendel, ein Pendel, dessen Schwingungszeit einem Sterntage gleich ist.

Siderisches Zeitmaß, s. Zeitmaß

Verordnung des Bürgermeisters der Stadt Teplitz vom 15. Juni 1920, betreffend die Einführung der Sommerzeit.

Auf Grund der Verordnung der Regierung der Tschechoslowakischen Republik vom 9. April 1920, Slg. d. G. u. V. Nr. 320, wird verordnet:

§ 1. Die Sommerzeit beginnt in der Nacht vom 4. auf den 5. April 1920 um 2 Uhr und endet in der Nacht vom 3. auf den 4. Oktober 1920 um 3 Uhr.

§ 2. Während dieser Zeit sind die Uhren um 1 Stunde vorzurücken.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit dem Tage der Kundmachung in Kraft.

Übertretungen werden nach § 14 der Verordnung der Regierung der Tschechoslowakischen Republik vom 9. April 1920, Slg. d. G. u. V. Nr. 320, bestraft.

Der Bürgermeister: Dr. Kraus m. p.

Verordnung des Bürgermeisters der Stadt Teplitz vom 15. Juni 1920, betreffend die Einführung der Sommerzeit.

Auf Grund der Verordnung der Regierung der Tschechoslowakischen Republik vom 9. April 1920, Slg. d. G. u. V. Nr. 320, wird verordnet:

§ 1. Die Sommerzeit beginnt in der Nacht vom 4. auf den 5. April 1920 um 2 Uhr und endet in der Nacht vom 3. auf den 4. Oktober 1920 um 3 Uhr.

§ 2. Während dieser Zeit sind die Uhren um 1 Stunde vorzurücken.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit dem Tage der Kundmachung in Kraft.

Übertretungen werden nach § 14 der Verordnung der Regierung der Tschechoslowakischen Republik vom 9. April 1920, Slg. d. G. u. V. Nr. 320, bestraft.

Der Bürgermeister: Dr. Kraus m. p.

Gesellschaft für Erdkunde zu Berlin. Herausgegeben von Dr. Hermann Wagner. Band XXIII. Berlin, Verlag der Gesellschaft für Erdkunde. 1888. 8°. 1 Bl. 512 S. mit 1 Karte, 1 Tafel und 1 Holzschnitt. — Inhalt: Sitzungsberichte. — Abhandlungen: Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie von Australien während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie von Afrika während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie von Asien während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie von Europa während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie von Nord- und Südamerika während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Polargebiete während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Oceane während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Erde als Ganzes während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Specialkarten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Reliefkarten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Schulkarten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Atlanten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Globen während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Panoramen während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Reliefkarten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Schulkarten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Atlanten während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Globen während des 19. Jahrhunderts. — Dr. Hermann Wagner, Die Entwickelung der Kartographie der Panoramen während des 19. Jahrhunderts.

E. Kretschmer.

a) Vertragsmäßiges Näherrecht; Rückkaufsrecht. (bayer. R.) 238. b) Vom Einstandsrechte nach dem Bayreuther Provinzialrechte. 348. — 5) Reallasten. a) Beweis durch Gutsrechnungen; zusammengesetzter Beweis. 87. 301. b) Beweislast über die Eigenschaft eines Zehentrechts. 412. c) Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten zu Kirchenbauten nach Ansbacher u. Bayreuther Provinzialrecht. 94. d) Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes. 350. — 6) Hypothekenrecht. a) Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts. 97, 321. b) Eingetragene Protestation ist gegen diese Klage unerheblich. 445. c) „Vollständige Bezahlung" im Sinne des §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Gesetzes. 305, 507. d) Ueber die Beiziehung der Hyp.-Gläubiger zur Zahlung der Forderungen der I. Klasse u. zu den allg. Kosten des Konkursprozesses u. der Masseverwaltung. 406.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände. a) Kompensation; illiquid. Gegenforderung. 80. b) Prozeßzinsen; illiquid. Forderungsbetrag. 80, 81. c) Zinsen im Entschädigungsprozesse wegen Enteignung. 85. d) Verzugszinsen bei der cond. indebiti. (pr. R.) 464. e) Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. R.) 461. f) Erlöschung von Forderungen an die Staatskasse nach §. 31 des Finanzgesetzes v. 1831. 304. — 2) Verträge u. vertragsähnliche Verhältnisse. A. Allgemeines. a) Clausula rebus sic stantibus. (pr. R.) 64. b) Stipulatio turpis. 164. c) Die Vorschrift des Targesetzes wegen Errichtung öffentl. Urkunden über Immobiliarverträge ist keine civilrechtliche. 161. d) Statutenkollision bezüglich der Form der Immobiliarverträge. Nothwendigkeit schriftlicher Form nach pr. Recht. 377. e) Immobiliarverträge nach vorderösterreichischem Rechte. 472. f) Verzug, als Grund des Rücktritts vom Vertrage. 397. — B. Spezielles. a) Darlehn. α) Querela non numeratae pecuniae durch Protestation zum Hypothekenamts-Protokolle. 471. β) Exceptio non num. pecuniae; wiederholtes Schuldbekenntniß. Hyp.-Protokoll u. Hyp.-Brief. 76. γ) Exceptio non num. pecuniae; deren Perpetuität nach einmaliger Vorbringung. 296. — b) Dienstvertrag. α) Unter dem Gesammtgehalt sind auch Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen. 459. β) Enthebung vom Portefeuille; Reaktivirung; Gehaltsanspruch. 456. γ) Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. (bayer. R.) 461. — c) Expromission, Begründung der Klage hieraus. 171. — d) Kauf. α) Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs. 366. β) Wiefern berechtigt die Erfüllungssäumniß des Verkäufers den Käufer, vom Vertrage zurückzutreten u. auf das Interesse zu klagen? 397. γ) Geschäftsverkauf sammt der bisherigen Kundschaft. 269. δ) Verlautbarung der Parzellenverkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung. 252. ε) Constitutum possessorium beim Kaufvertrage. (pr. R.) 368. η) Rückkaufsrecht. 238. ϑ) Ankauf von verdächtigen Personen. (pr. R.) 32. — e) Kaufmännischer Verkehr. α) Benützung des Telegraphen im kaufmännischen Verkehr. 330. β) Handelsfrauen. 270. γ) Verkehr mit Handlungsreisenden. 277. δ) Rechtsgeschäfte mit Handlungsreisenden. (pr. R.) 464. ε) Haftung des Prinzipals für die Hand-

lungen seines Commis. 278. η) Klage gegen Theilhaber einer Firma. 275. ϑ) Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma. 269. — f) Lieferungsgeschäft. α) Klage auf Erfüllung; exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Abschlusses bereits auf telegraphischem Wege eine einflußreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen. 264. β) Beweislast über Nichteinhaltung der Lieferungszeit. 415. γ) Verhältniß des Destinatars zum Frachtführer u. Schiffer. 274. — g) Mandat. α) Klagerecht des Mandanten aus Verträgen des Mandatars. 273. β) Haftung des Unternehmens für das Dienstpersonal. 439. S. auch oben sub. f. γ. δ. ε. — h) Miethe. α) Miethe auf eine Reihe von Jahren. 125. β) Einspruch des Miethers gegen beabsichtigten Hausverkauf. 253. — i) Werthpapiere. α) Privatschuldbriefe auf den Inhaber; deren Rechtsgiltigkeit. 417. β) Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partialgläubigern. 452. — 3) Obligationen aus Rechtsverletzungen. a) Entkräftung der Injurienklage durch Deklaration, nach gem. Rechte. 221. b) Fiskalische Haftung für Beamtennachlässigkeit, insbesondere in Bezug auf Inserationsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalveränderungen. 121. c) Haftung des Staatsärars für gestohlene Depositen. 152. d) Brand, durch Lokomotivfunken veranlaßt. Haftung des Unternehmers für das Dienstpersonal. 439.

D. Familienrecht. a) Alimentenklage; Ernährung des Kindes durch Dritte. 220. b) Klage auf Anerkennung der Vaterschaft, von der außerehelichen Mutter erhoben. 29. c) Sponsalitia largitas; bedingtes Eheverlöbniß; Verlöbniß-Kündigung. 157. d) Konventionalstrafen in Eheverträgen. 240. e) Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen im Ehevertrage. Stipulatio turpis. (pr. R.) 164. f) Dotationsberechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist. (fränk. R.) 318. g) Forderung der Heimsteuer vom Manne nach dem Tode der Frau. (fränk. R.) 310. h) Eheliche Gütergemeinschaft nach Bayreuther Recht. 501. i) Die Errungenschaftsgemeinschaft nach Mainzer Recht wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgesetzt. 239. k) Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsantheils nach erfolgter Ehetrennung. (Schweinfurter Stadtrecht.) 61. l) Einwand, Klägerin habe keine Unterstützung im Haushalte und im Gewerbsbetriebe geleistet. (Schweinf. Stadtrecht.) 462. m) Umfassen die Nachtheile der zweiten Ehe auch die statutarische Portion? 401. n) Provisorische Alimente während des Scheidungsprozesses sind nicht zur Rückforderung geeignet. 155. o) Nichtigkeitsbeschwerde einer kath. geistl. Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des protest. Ehegerichts. 391. p) Zur Erläut. des Art. III der V. v. 28. Juli 1818, die Kompetenz in Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. 396. q) Sorge für das Kind bei Abwesenheit des Vaters. 381. r) Die Muttergutsauszeige für die Kinder von Siegelmäßigen. 385. s) Freiwillige Unterwerfung unter cura prodigi. 477.

E. Erbrecht. a) Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. (pr. R.) 320, 335. b) Erbschaftlicher Besitzstreit; Einmischung der Käufer von Erbtheilen. 57. c) Intestaterbfolge des Ehegatten mit konkurrirenden Kindern nach Bayreuth. Recht. 501. d) Muttergutsauszeige bei Siegelmäßigen. 385.

e) Erbeinsetzung mit den Worten „N. respektive dessen Familie 493. f) Testamentserklärung durch einen Beistand. 314. g) Von der Erklärung des Testirers, die dem Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen. 455. h) Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erlöschen durch deren Tod. (pr. R.) 220. i) Testamentsexekutoren. Nudum praeceptum. 241. k) Ausmittelung des Pflichttheils. 33, 49. l) Notherbrecht der Kinder nach fränk. Recht. 286. m) Transmission bedingter Fideikommisse. (pr. R.) 448.

III. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht. Th. I. des StGB. Art. 1. Zur Auslegung der Strafgesetze. 1. — Art. 2. Ueber die strafrechtliche Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung. 113, 129. — Art. 7. Die Kettenstrafe ist keine Kapitalstrafe. 216. — Art. 69. Die Bestimmung unter Num. V dieses Art. kann auf kulpose Körperverletzung mit Waffen nicht angewendet werden. 374. — Art. 99, mit Art. 3 des Gesetzes v. 29. Aug. 1848. Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit. 177, 481. (S. auch bei Art. 269.) — Art. 106, nun Art. 3 des Ges. v. 29. Aug. 1848. „Ermächtigung" zur Strafherabsetzung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit. 465. — Art. 137. Verbrechen, welche ein Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. Non bis in idem. 261. — Art. 174. Das civilrechtliche Verhältniß als Thatbestandsmerkmal bei dem Verbrechen (oder Vergehen) der Aussetzung. 181. — Art. 221, nun Art. II Nr. 9 der V. v. 25. März 1816. Der erschwerende Umstand der vorausgegangenen verabredeten Verbindung kann demjenigen Komplottanten, der an der Ausführung des Diebstahls nicht Theil genommen hat, nicht aufgerechnet werden. 369. — Art. 269. 290. a) Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschwornen Meineides. 95. b) Auf die im Art. 269 bestimmten Ehrenstrafen kann nicht erkannt werden, wenn sich die Hauptstrafe gemäß Art. 99 Nr. IV. in Gefängniß umwandelt. 5. — Art. 317. Widersetzung an obrigkeitlichen Dienern. 9. — Art. 368. Kulpose Körperverletzung mit Waffen. 374. — Art. 370. s. o. bei Art. 174. — Art. 405. Amtsehrenbeleidigung. 372. — Art. 420. a) Civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale bei der Selbsthülfe. 181. b) Ein Fall erlaubter Selbsthülfe. 187.

B. Strafprozeß. Thl. II des StGB. Art. 7. Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken, 433. — Art. 9. Beweiskraft der Strafurtheile im Civilprozesse. 74, 288, 484. — Art. 204. Der Vertheidiger als Zeuge vorgeschlagen. 47.

C. Strafprozeßgesetz v. 10. Nov. 1848. Art. 105. Vom Ablehnungsrecht des Angeklagten. 337. — Art. 134. Der Vertheidiger als Zeuge vorgeschlagen. 47. — Art. 196, 230. Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des StPG. 193.

Bayerische Staatsbibliothek München

Samstag den 5. Januar 1856. 21. Jahrgang. № 1.

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Auslegung der Strafgesetze. Meineid. Widersetzung. — Beweisführung durch beglaubigte Abschriften. —

Zur Auslegung der Strafgesetze. Meineid. Widersetzung.

Bleibt aller Müh' zum Trotz der Zweifel ungehoben,
So wirst du als gerecht durch Milde dich erproben.

Wer die guten Eigenschaften des Strafgesetzbuches von 1813 zu bezeichnen unternimmt, kommt nicht in Versuchung, auch die Milde der Strafandrohungen zu rühmen. Diese tragen vielmehr, verglichen mit dem durch Doktrin und Praxis vermittelten weiland gemeinrechtlichen Strafmaaße, das Gepräge der Verschärfung. In dieser Beziehung war der Einfluß des code pénal unverkennbar, zumal im Gebiete der Staatsverbrechen. Seit Verkündung des bahnbrechenden bayerischen Strafgesetzbuches sind nun 42 Jahre vorübergegangen, und während dieser Zeit fast in allen deutschen Staaten umfassende Reformen der Strafgesetzgebung durchgeführt worden. Diese neueren Strafgesetzgebungen beurkunden die Fortschritte der Wissenschaft, man ist von einseitiger Durchführung der s. g. Abschreckungstheorie zurückgekommen und hat nicht nur überhaupt das Strafmaaß vielfach herabgesetzt, sondern es auch als eine Forderung der Gerechtigkeit erkannt, den Gerichten in Ausmessung der im einzelnen Falle zu erkennenden

Strafe einen solchen Spielraum zu gewähren, welcher die volle Berücksichtigung obwaltender besonderer Milderungsgründe möglich macht. Bayern, welches sich im Jahre 1813 an die Spitze des Fortschrittes gestellt hatte, ist nun hinter den anderen deutschen Staaten zurückgeblieben. Diese ungünstige Positur gibt sich insbesondere durch das viel höhere Strafmaaß kund, indem die bayerische Strafpraxis, in Vergleichung mit den Bestrafungen in den anderen deutschen Staaten, als eine übermäßig harte erscheint [1]). Zu den Ursachen dieser Erscheinung, den höheren Strafandrohungen und den engen Gränzen des richterlichen Ermessens, gesellt sich auch eine der Strenge zuneigende Richtung der Gesetzauslegung (nicht der Strafausmessung). Eine beklagenswerthe Folge der Zersplitterung in Partikulargesetzgebungen ist die Entwöhnung von Anwendung der allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätze, insbesondere auch der Auslegungsregeln, für welche der Praktiker in dem Landesgesetzbuch keine bestätigende Vorschrift findet. Bei Durchlesung der Mittheilungen aus der Strafrechtspraxis der einzelnen deutschen Staaten könnte man auf den Gedanken kommen, daß es eine deutsche Strafrechts*wissenschaft* nicht mehr gebe oder doch den Praktikern völlig verschlossen sei. Nicht positive Erzeugnisse legislativer Machtvollkommenheit, sondern allgemein wissenschaftliche Sätze liegen in den Stellen des römischen und kanonischen Rechtes vor, nach welchen bei Zweifelhaftigkeit der Auslegung eines Strafgesetzes nach der milderen Meinung entschieden werden soll [2]).

---

[1]) Vgl. den Artikel „zur Statistik der Strafrechtspflege" in Bd. XVI, S. 93—96*.

[2]) Vgl. *Heffter*, Lehrbuch des Strafrechtes. Ausg. V, §. 22; *Köstlin*, System des deutschen Strafrechtes (1855) §. 25.

Fr. 42 de poenis (48, 19). Hermogenianus: „Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.“

Fr. 155 §. 2 de reg. juris. Paulus: „In poenalibus causis benignius interpretandum est.“

Fr. 192 §. 1 Marcellus: „In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius.“

Cap. 49 de reg. juris in VIto. Bonifacius VIII: „In poenis benignior est interpretatio facienda.“

Ganz richtig bemerkt Marcellus, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, im Zweifel nach der milderen Ansicht zu urtheilen. Denn wo noch der geringste Zweifel darüber obwaltet, ob der Gesetzgeber Handlungen der vorliegenden Beschaffenheit bei seiner Strafbestimmung, oder bei der strengeren unter mehreren, im Sinne gehabt, läßt sich der Richter, welcher nicht nach der milderen Auffassung entscheidet, auf das Wagniß ein, dem Angeklagten ein vom Gesetzgeber nicht gewolltes Uebel, ein Unrecht zuzufügen. Es ist zwar für Viele eine schwere Aufgabe, bei Motivirung des Urtheils zuzugeben, daß man zu einer befriedigenden Lösung des obwaltenden Zweifels nicht gelangt sei, daß die Auslegungskunst der Urtheiler ihr Ziel nicht erreicht habe; Manche wähnen vielleicht, durch Aufstellung eines solchen Zwischengliedes der Argumentation die Autorität ihres Richteramtes zu gefährden. Aber der Wahrheit unbefangen die Ehre zu geben und die Möglichkeit der Zufügung eines Unrechtes gewissenhaft zu vermeiden, muß vielmehr jene Autorität befestigen; die ächten Priester der Gerechtigkeit, welchen ihr Richteramt nicht blos nährender Beruf sondern heilige Herzensangelegenheit ist, werden durch Bedenken der angeführten Art nicht in Versuchung ge-

führt. Bei der Beschaffenheit unserer Gesetze, insbesondere bei den schwankenden Beziehungen der späteren Novellen zu dem Gesetzbuche von 1813, kommt der Richter häufig in den Fall, in unbefangener Ziehung des Resultates einer gewissenhaften Erwägung aller Gründe für und wider sagen zu müssen: es ist wahrscheinlicher, daß diese Meinung dem Willen des Gesetzgebers entspreche, zur Gewißheit darüber, daß nur diese die richtige sein könne, habe ich es nicht gebracht. Oft scheinen die für die eine Ansicht entwickelten Gründe wohl geeignet, volle Ueberzeugung zu gewähren; aber es ist nicht gelungen, die etwa aus anderen Stellen entspringenden Bedenken, überhaupt die für die andere Meinung sprechenden Gründe mit gleicher Bündigkeit aus dem Felde zu schlagen. Handelt es sich in solchen Fällen von der Wahl zwischen einer strengeren oder milderen Auffassung, zwischen Annahme der Strafbarkeit oder Entscheidung für Strafloſigkeit einer Handlung, zwischen Annahme einer höheren oder Entscheidung für die geringere Strafbarkeit, so darf sich der Richter durch höhere Wahrscheinlichkeit, daß die strengere Auffassung im Sinne des Gesetzgebers liege, nicht bestimmen lassen, das Urtheil nach dieser strengeren Meinung zu sprechen, es hat vielmehr die Regel: in poenalibus causis benignius interpretandum est — den Ausschlag zu geben. Nur da, wo jeder Zweifel über die Richtigkeit der strengeren Ansicht beseitigt ist [3]), hat ein dieser folgendes Urtheil das Gepräge eines gerechten Ausspruchs. Die Annahme der Zweifellosigkeit unterliegt besonderen Schwierigkeiten und Bedenken, wenn die mildere Meinung die frü-

[3]) Heffter a. a. O. Bei „nicht zweifelloser Interpretation" — soll obiger Grundsatz gelten.

here Praxis für sich hat, und hiedurch die Zweifelhaftigkeit der Frage außer Zweifel scheint.

Vorstehende Bemerkungen wurden durch eine Anzahl von Entscheidungen unseres obersten Gerichtshofes veranlaßt, von welchen sich die Vermuthung wagen läßt, daß sie milder ausgefallen wären, wenn die Lehre der römischen Juristen Hermogenian, Paulus und Marcellus, welche der Pabst Bonifaz VIII. allen christlichen Richtern ans Herz gelegt hat, einige Berücksichtigung gefunden hätte. Es sei vergönnt, ein Paar derselben ins Auge zu fassen.

1) Im Art. 99 Th. I des StGB. finden sich Bestimmungen über den Einfluß des jugendlichen Alters zwischen 12 und 16 Jahren auf die Zuerkennung der Strafen, wobei jedoch nur von Milderung der Todes- und der verschiedenen Arten von Freiheitsstrafen die Rede ist, der Ehren- und demüthigenden Strafen aber (Art. 22 — 24) keine Erwähnung geschieht. In einem gegebenen Falle wurde gegen einen des Meineides Schuldigen, welcher zur Zeit dieser That das 16. Jahr noch nicht zurückgelegt hatte, unter Anwendung der Bestimmung IV des Art. 99 nur auf Gefängniß erkannt, die Frage aber, ob mit der Gefängnißstrafe nach Art. 269 auch auf immerwährende Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, so wie zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides zu erkennen gewesen, vom obersten Gerichtshofe durch Urtheil vom 17. Dez. 1852 bejaht. „Hat der Gesetzgeber" (sagen die Motive [4])

> „in jenen Gesetzstellen, wo er verordnete, in wie weit bei jungen Leuten, welche zwar das 12. aber noch nicht das 16. Lebensjahr zurückgelegt haben, eine Strafmilderung einzutreten

---

[4]) Sitzungsberichte der bayer. Strafgerichte Bd. IV S. 445.

habe, von solcher Unfähigkeitserklärung und Ehrenstrafe keine Erwähnung gemacht, und sagt er auch sonst nirgends davon etwas, daß sie erlassen oder gemildert werden sollen, sondern hat er sich darauf beschränkt, lediglich zu bestimmen, wie die in den einschlägigen Gesetzen angedrohte Todes- und Freiheitsstrafe vom Richter zu mildern sei, so geht daraus unverkennbar hervor, daß es keineswegs in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sei, daß bei derlei Verbrechen auf die vom Gesetze angedrohte Strafe der Unfähigkeit ꝛc. nicht erkannt werden solle, und der Richter die diesfallsige strafgesetzliche Bestimmung unbeachtet lassen solle, da ja bei den vorerwähnten Umständen eine solche Befugniß des Richters nicht präsumirt werden kann, sondern auf eine ausdrückliche Bestimmung sich fußen müßte. Aus dem Angeführten ergibt sich vielmehr zur Genüge, daß es der Tendenz des Gesetzgebers ganz entgegen wäre, einem Meineidigen, den der Gesetzgeber in Rücksicht auf das allgemeine Wohl nicht blos als unfähig zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern, sondern für immer unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides erklärt haben will, die genannte Ehrenstrafe gänzlich zu erlassen ....."

Bei dieser Erörterung ist es als ausgemacht vorausgesetzt, daß die Nichterwähnung der Ehrenstrafen im Art. 99 eine dem Gesetzgeber bewußte, absichtliche sei, daß der Gesetzgeber mit diesem Stillschweigen einen bestimmten Willen ausgeprägt habe. Die Richtigkeit dieser Voraussetzung erscheint aber als sehr zweifelhaft, indem, wenn eine solche Absichtlichkeit obgewaltet hätte, zuverläßig davon in den Motiven des Entwurfes oder in den Berathungsprotokollen, und folgeweise auch in den offiziellen

Anmerkungen Erwähnung geschehen wäre. Das fragliche Stillschweigen erklärt sich vielmehr aus der Bemerkung Julian's in fr. 12 de legibus (1, 3); „non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi;" bei Abfassung des Art. 99 ist an die Ehrenstrafen nicht gedacht worden, und der Richter hat daher die sich darbietende Zweifelsfrage nach dem vermuthlichen Willen des Gesetzgebers zu lösen. In dieser Beziehung fehlt es nicht an festen Haltpunkten (sententia manifesta):

a) die Anmerkungen (Bd. I S. 241 f.) sagen:

> „Wenn gleich mit dem zurückgelegten achten Jahre die Strafbarkeit anfängt, so muß dennoch bis zu dem vorbemerkten Zeitpunkt des vollendeten sechzehnten Jahres die Strafe selbst ihrer Qualität nach verändert, und die ordentliche Strafe gemildert werden; denn der mit der Jugend stets verbundene Mangel an Kenntnissen, an Erfahrung, an Ueberlegung und der vorherrschende durch Vernunft nicht hinreichend geleitete Trieb der Sinnlichkeit erlaubt eine Zurechnung zur vollen Strafe nicht."

Der von solchen Erwägungen ausgehende Gesetzgeber kann unmöglich gewollt haben, daß dem jugendlichen, nicht vollzurechnungsfähigen Schuldigen eine für die ganze Lebenszeit fortwirkende Ehrenstrafe, die in Frage befindliche immerwährende Unfähigkeit, zuerkannt werde; bei dem Strafvollzuge soll hier (nach Art. 101) die Erstrebung des Besserungszweckes in den Vordergrund treten, und es darf folgeweise dem Sträfling die Aussicht, durch Fähigkeit zu allen Ehren die Früchte seiner Besserung zu erndten, nicht entzogen sein.

b) Wenn die für ein Verbrechen angedrohte

Freiheitsstrafe wegen jugendlichen Alters des Schuldigen zur Gefängnißstrafe herabsinkt, so tritt Umwandlung der an sich verbrecherischen That in ein Vergehen ein, worüber in den Motiven einer früheren oberstrichterlichen Entscheidung eine gründliche Ausführung vorliegt [5]). Eine nothwendige Folge dieser Umwandlung ist das Wegfallen der Ehrenstrafe, mit welcher das umgewandelte Verbrechen neben der kriminellen Freiheitsstrafe bedroht ist, indem ein Vergehen niemals eine Verbrechensstrafe nach sich ziehen kann. In den Anmerk. Bd. I S. 71 heißt es:

> „der Charakter der strafbaren Handlung, ob sie Verbrechen oder Vergehen, ist allemal nur nach der Hauptstrafe, niemals aber nach den allenfalls damit verbundenen Nebenstrafen zu bestimmen."

Unrichtigerweise wird dieser Satz in den Motiven zum OAGE. v. 17. Dez. 1852 nur auf die Fälle der allgemeinen Regel bezogen, nach welcher (Art. 23 und 24 Th. I des StGB.) Unfähigkeit zu Würden u. s. w. als Folge einer jeden Kriminalstrafe einzutreten hat [6]). Die zur Erläuterung des angeführten Satzes in den Anmerkungen a. a. O. hinzugefügten Beispiele (Art. 295 und Art. 361) betreffen ja gerade solche Fälle, in welchen die Verbindung von Ehren- und Freiheitsstrafe in der gesetzlichen Strafandrohung ausdrücklich vorkömmt. In der Strafandrohung wider den Meineid (Art. 269) erscheint die Freiheitsstrafe als die Hauptstrafe, die Ehrenstrafe als die Nebenstrafe, welche sich jener zugesellt, mit jener verbunden wird. In den Anmerkungen Bd. II S. 274—5 lesen wir:

---

[5]) Sitzungsberichte Bd. III S. 43 f., Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 1 f.

[6]) Sitzungsberichte Bd. IV S. 446.

„ die Strafe des Meineides ist ohne Rücksicht auf den Eintritt und den Betrag des bezielten Erfolges vier- bis achtjähriges Arbeitshaus, geschärft durch öffentliche Ausstellung, verbunden mit immerwährender Unfähigkeit zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern und zur Ablegung eines Zeugnisses oder Eides."

Demzufolge steht es allerdings fest, daß durch die nach Art. 99 erfolgende Umwandlung der angedrohten Arbeitshausstrafe in Gefängniß die begangene That selbst ihrer Eigenschaft als Verbrechen entkleidet wird, und daher mit der kriminellen Strafe der Unfähigkeit zu allen Würden u. s. w. nicht belegt werden kann.

Dieses Resultat stellt sich als gerechtfertigt dar, auch wenn man von der Voraussetzung ausgeht, das Stillschweigen unserer Gesetzgebung über die vorwürfige Frage sei ein bewußtes. Bei der Umwandlung der Arbeitshausstrafe in Gefängniß verstand sich im Hinblick auf Art. 2 Abs. 3 Th. I des StGB. das Wegfallen der accessorisch angedrohten kriminellen Ehrenstrafe von selbst, und es bedurfte daher keiner ausdrücklichen Vorschrift dieses Wegfallens.

Vorstehende Ausführung wurde mit der vollsten Ueberzeugung von der Richtigkeit der ausgeführten Ansicht niedergeschrieben; aber wenn auch die Frage als eine wirklich zweifelhafte gelten könnte, würde doch nach obiger Auslegungsregel der Ausschlag für diese mildere Meinung zu geben sein.

2) Der Art. 317 Th. I des StGB. bestimmt: „Wer in der Person obrigkeitlicher Diener oder einer obrigkeitlich beorderten Militärperson sich einer Verfügung der Obrigkeit mit Gewalt widersetzt, ist eben so zu strafen, als wäre seine Gewalt unmittelbar wider die obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen."

Bei der Anwendung dieser Gesetzstelle wurden die Worte „einer Verfügung der Obrigkeit" von jeher dahin ausgelegt, daß es keinen Unterschied mache, ob der obrigkeitliche Diener, resp. die Militärperson zu der fraglichen dienstlichen Handlung durch einen besonderen, in Bezug auf den gegebenen Fall ergangenen obrigkeitlichen Befehl beordert war, oder ob die dienstliche Handlung in Gemäßheit einer in der allgemeinen Dienstesinstruktion (z. B. für die Gensdarmerie) enthaltenen Verfügung vorgenommen wurde. Diese über den buchstäblichen Inhalt der Gesetzstelle hinausgehende Auslegung hat eine Stelle der Anmerkungen für sich, nämlich Bd. II S. 52, 3), wo es heißt:

> „Amtshandlungen im Allgemeinen, gleichfalls ohne Unterschied, ob von allgemeinen Vorschriften oder von besonderen Anordnungen in einzelnen Sachen die Rede ist."

Immer muß aber das Merkmal der Widersetzung gegen eine obrigkeitliche Verfügung gegeben sein. Geht der obrigkeitliche Diener über den ihm in der einzelnen Sache gegebenen Befehl hinaus, und die gewaltsame Widersetzung wird gegen diese Ueberschreitung gerichtet, so ist der Fall des Art. 317 nicht gegeben. Gerade so verhält es sich, wenn der Gensdarme zu einer Verhaftung, Haussuchung u. dgl. unter Umständen schreitet, welche die dienstesinstruktionsmäßigen Voraussetzungen solcher Einschreitung nicht enthalten. Nach dieser Auffassung wurde der Art. 317 in früheren Jahren von dem obersten Gerichtshofe mehrfach (Bl. f. RA. Bd. VIII S. 30, Bd. IX S. 128) zur Anwendung gebracht und dabei ausdrücklich anerkannt, daß die Stelle der Anmerkungen Bd. III S. 52 Nr. 4, nach welcher

> „die thätliche Widersetzung durch Inkompetenz

der anordnenden Obrigkeit oder durch Widerrechtlichkeit ihrer Anordnung nicht entschuldigt wird,"

sich nur auf obrigkeitliche Personen d. h. die Obrigkeit selbst beziehe, und keine Anwendung auf obrigkeitliche Diener gestatte.

Dagegen hat sich die Praxis der neuesten Zeit einer strengeren Ansicht zugewendet. Nach den Motiven einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 9. Sept. 1853 [7]) soll es zur Anwendung des Art. 317 genügen, daß sich der Gensdarme „äußerlich in Ausübung seines Dienstes befand." In dieser Beziehung wurde bemerkt:

„Es wird nach den Anmerkungen zum StGB. Bd. III S. 52 und 53 Nr. 4 der Thatbestand der Widersetzung durch die Inkompetenz zu der betreffenden dienstlichen Handlung auf Seite der obrigkeitlichen Person oder des obrigkeitlichen Dieners nicht aufgehoben, und hat, wenn eine Ueberschreitung der dienstlichen Befugnisse bei Arretirungen auf Seite eines Gensdarmen vorliegen sollte, nach Art. 201 des Ediktes vom 11. Oktober 1812 lediglich Einschreitung gegen den Gensdarmen bei dem Militärgerichte einzutreten."

Gegen diese Motivirung waltet aber das wesentliche Bedenken ob, daß die verhängnißvollen Worte „oder des obrigkeitlichen Dieners" in der angeführten Stelle der Anmerkungen nicht vorkommen, indem diese nur von der Inkompetenz der „anordnenden Obrigkeit" spricht. Dieser völlig ungerechtfertigte Zusatz steht in offenem Widerstreit mit dem Inhalte des Art. 317, welcher nicht die Widersetzung gegen die Einschreitung des obrigkeitlichen Dieners bedroht, sondern die Widersetzung ge-

---

[7]) Sitzungsberichte Bd. V S. 329 f.

gen die Verfügung der Obrigkeit, in deren Vollzug der obrigkeitliche Diener begriffen war; wodurch die Annahme des im Art. 317 bedrohten Verbrechens, wenn die fragliche Einschreitung des Dieners durch eine Verfügung der Obrigkeit nicht ermächtigt war, als ausgeschlossen erscheint. Die Kompetenz des Dieners zu der Einschreitung, das Dasein einer den Diener zu der Einschreitung ermächtigenden Verfügung ist unerläßliche Voraussetzung der Anwendung des Art. 317, daher hat man guten Grund, jene Einschaltung „oder des obrigkeitlichen Dieners," als eine gesetzverletzende zu bezeichnen. Eine ausdehnende Auslegung einer Gesetzstelle, welche Auslegung dem unzweideutigen Inhalte einer anderen widerstreitet, darf natürlich niemals Platz greifen.

Eben so wenig findet das in den angezogenen Motiven bedeutungsvoll vorkommende „lediglich" einen Haltpunkt im Art. 201 des Ediktes vom 11. Okt. 1812, indem hier von einer Bestimmung, daß die Ueberschreitung der dienstlichen Befugnisse von Seite des Gensdarmen keinen Einfluß auf die Beurtheilung der gegen die unbefugte Einschreitung begangenen Widersetzung haben solle, keine Spur zu finden ist. Wäre aber auch eine solche Bestimmung im Jahre 1812 ergangen, so würde sie gegen die neuere Vorschrift des im Jahre 1813 verkündeten Strafgesetzbuches nicht in Betracht kommen.

Die Rechtfertigung der in dem OAGE. vom 9. Sept. 1853 zur Anwendung gekommenen Ansicht wurde, in Bezug auf Arretirungen durch Gensdarmen ohne spezielle obrigkeitliche Verfügung, neuerdings in einer Anmerkung versucht, welche in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. II S. 200 der Mittheilung aus einem OAGE. vom 2. Juni 1855 beigefügt ist. Diese Anmerkung lautet:

„Der Art. 123 des Ediktes (die Errichtung

der Gensdarmerie betr.) setzt allerdings voraus, daß der Arretirte durch sichere Anzeigen den Verdacht eines Verbrechens auf sich geladen habe, daß sonach der auf denselben geworfene Verdacht ein dringender sei; allein dadurch, daß das Edikt die Gensdarmerie ermächtigt hat, auch ohne Aufforderung der Polizeibehörde oder des Untersuchungsgerichts Personen, welche sich durch sichere Anzeigen eines Verbrechens verdächtig gemacht haben, zu arretiren, hat es derselben nothwendig auch die Beurtheilung der Erheblichkeit und Stärke der in jedem einzelnen Falle vorliegenden Verdachtsgründe anheimgegeben, und wenn daher auch ein Gensdarme bei Würdigung der vorliegenden Verdachtsgründe geirrt und eine Person auf dem Grunde von Anzeigen, welche zu strafrechtlicher Einschreitung für ungenügend befunden wurden, verhaftet haben sollte, so hat er hiebei gleichwohl in Ausübung einer ihm (nach Art. 123 des Ediktes) im Allgemeinen eingeräumten dienstlichen Befugniß gehandelt".

Dieser Ausführung lassen sich folgende Bedenken entgegenstellen. Indem man die Worte des Art. 317 „einer Verfügung der Obrigkeit" auch auf den Inhalt einer allgemeinen Dienstesinstruktion bezieht, steht man bereits auf dem Boden einer ausdehnenden Auslegung, welche nur deswegen für statthaft zu achten ist, weil sie eine Stelle der mit Gesetzeskraft versehenen Anmerkungen für sich hat. Abgesehen von solchem Stützpunkte lassen Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zu, so wie auch die Analogie nicht zur Vermehrung der Straffälle führen kann[8]) Diese Regel muß um so mehr

[8]) StGB. von 1813 Th. I Art. 1 und Anmerk. Bd. I

dann zur Richtschnur dienen, wenn es sich von Ausdehnung des Ergebnisses einer ausdehnenden Auslegung handelt. Diejenige Ausdehnung aber, welcher obige Anmerkung das Wort redet, würde die Gränzen jeder Auslegung überschreiten, nämlich das vorliegende Gesetz ganz bei Seite, und ein anderes, wesentlich verschiedenes an dessen Stelle setzen. Der Art. 317 spricht von der Widersetzung gegen eine Verfügung der Obrigkeit, er bedingt die Annahme des bedrohten Verbrechens durch den objektiven Zusammenhang der Einschreitung des obrigkeitlichen Dieners mit einer obrigkeitlichen Verfügung, vermöge dessen erstere als Verwirklichung der letzteren sich darstellt. Die Anmerkung der Zeitschrift hingegen findet den Thatbestand des in Art. 317 bedrohten Verbrechens auch dann gegeben, wenn ein solcher Zusammenhang zwischen der Einschreitung des Dieners und einer Verfügung der Obrigkeit nicht wirklich, sondern nur in der irrigen Meinung des Dieners stattfindet, wenn also die Einschreitung das objektive Merkmal der Verwirklichung einer obrigkeitlichen Verfügung nicht an sich trägt, wenn hiernach die Voraussetzung, unter welcher die Strafandrohungen der Art. 315 und 16 auch auf Fälle der Widersetzung gegen obrigkeitliche Diener Anwendung finden sollen, in der That nicht gegeben ist. Das Gesetz schreibt vor: die Widersetzung gegen den Diener muß sich als Widersetzung gegen eine Verfügung der Obrigkeit darstellen; die Anmerkung der Zeitschrift sagt aber: es kommt darauf, was das Gesetz vorschreibt, nicht an, sofern sich nur der einschreitende Gensdarme eingebildet hat, durch eine Stelle der Dienstesinstruktion zu der fraglichen Einschreitung

---

S. 66 Nr. 1; kgl. Reskript v. 29. April 1815 (Gönner und Schmidtlein, Jahrbücher Bd. I S. 228). Vgl. Köstlin, a. a. O. (1855) §. 25.

ermächtigt zu sein [9]). Die Einbildung des Gensdarmen wird, in Bezug auf Begründung der Strafälligkeit im Verbrechensgrade, mit dem vom Gesetze vorausgesetzten Dasein und Zutreffen einer obrigkeitlichen Verfügung auf gleiche Linie gestellt. Da nun in allen Fällen solcher Einschreitungen, wo nicht besondere Merkmale einer wissentlichen Ueberschreitung der Dienstbefugniß hervortreten, auf Seite des Einschreitenden die Meinung, in den Gränzen seiner Befugniß zu handeln, als vorhanden anzunehmen ist, so würde ein im Sinne der Anmerkung redigirter Artikel also lauten:

> Wer sich einer dienstlichen Einschreitung obrigkeitlicher Diener oder einer obrigkeitlich beorderten Militärperson mit Gewalt widersetzt, ist eben so zu strafen, als wäre seine Gewalt unmittelbar wider eine obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen. Fälle wissentlicher Ueberschreitung der Dienstbefugniß sind ausgenommen.

Eine solchergestalt abgefaßte Bestimmung ist es, welche die mehrgedachte Anmerkung an die Stelle des Art. 317 zu setzen unternimmt. Offenbar hat man hier, den Boden der Auslegung überschreitend, ein für angemessen gehaltenes Hineinlegen [10]) gewagt, und nicht einem Auslegungsresultate, sondern einer erweiternden Abänderung des Gesetzes das Wort gesprochen [11]).

In der früheren milderen Praxis steht uns eine gewichtige Autorität für die Annahme zur Seite, daß

---

[9]) In der That eine kühne und eigenthümliche analoge Anwendung römischrechtlicher Sätze, den s. g. putativen Titel betreffend!

[10]) Nämlich der Gleichstellung einer blos vermeinten Verfügung der Obrigkeit mit einer wirklichen.

[11]) Vgl. über die Unstatthaftigkeit einer solchen Pseudo-Auslegung Savigny System Bd. I S. 321.

die Frage wenigstens als eine höchst zweifelhafte gelten müsse.

Wir schließen mit dem Wunsche, es möge überall in den strafgerichtlichen Berathungszimmern, den Richtern in die Augen fallend, die Wandschrift angebracht werden:

In poenalibus causis benignius interpretandum est.

Mittheilungen aus der Praxis.

Beweisführung durch beglaubigte Abschriften.

Die Beanstandung der unternommenen Beweisführung, durch beglaubigte Abschrift einer rheinhessischen Notoriatsurkunde, wurde für unerheblich erachtet. Man erwog, daß bei Abschriften von Urkunden, die im Auslande von Behörden oder Notaren beglaubigt werden, nicht die Vorschriften der GO. Kap. XI §. 4 Nr. 2 maaßgebend sein können, vielmehr die Zuständigkeit derselben nach den dortigen Gesetzen zu beurtheilen sei [1]). Da nun nach den in Rheinhessen bestehenden Gesetzen diejenigen beglaubigten Abschriften und Auszüge, welche die Notare von und aus den von ihnen aufgenommenen und bei ihnen beständig aufbewahrten Urkunden ertheilen, bei allen gerichtlichen und außergerichtlichen Verhandlungen vollen Beweis liefern, so müssen dergleichen von den dazu berufenen öffentlichen Beamten herrührende beglaubigte Abschriften und Auszüge auch in Bayern dieselbe Beweiskraft wie die Originalien haben.

Entsprechend diesen Erwägungen hat das OAG. am 4. Febr. 1854 in der Rechtssache Nr. $706^{51}/_{52}$ erkannt.

---

[1]) Bezugnahme auf Seuffert's Komment. über die GO. Bd. III S. 148 Note 16.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 19. Januar 1856. 21. Jahrgang. № 2.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse. Beantragung der Verweisung an die Verwaltungsbehörde durch den Staatsanwalt nach Art. 4 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes. — Auswärtige Notariatsurkunde als öffentliche Urkunde anerkannt. — Ist die Einlegung einer Verwahrung in der durch §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 bestimmten Frist nothwendig gegen eine der selbstständigen Berufung nicht unterworfene richterliche Verfügung, von welcher die Partei zugleich mit dem Endurtheile Kenntniß erhält? — Ueber die Befugniß der außerehelichen Mutter zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft. — Ankauf von Papieren, die auf den Inhaber lauten, von verdächtigen Personen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen oberstrichterliche Erkenntnisse. Beantragung der Verweisung an die Verwaltungsbehörde durch den Staatsanwalt nach Art. 4 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes.

In der Nummer 19, 3, S. 300 des 20. Jahrganges dieser Blätter wurde ein oberstrichterliches Erkenntniß mitgetheilt, welches in Folge einer durch den Beklagten bei dem obersten Gerichtshofe erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde die Urtheile erster und zweiter Instanz als nichtig aufhob, weil die Gerichte in dieser Sache nicht zuständig seien.

Gegen dieses oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 richtete nun die Klägerin an den obersten Gerichtshof selbst eine Nichtigkeitsbeschwerde, verbunden mit einer eventuellen Remonstration und beantragte die Vernichtung, eventuell die Zurücknahme des erwähnten Erkenntnisses.

Zur genaueren Bezeichnung des Standes der

Sache muß bemerkt werden, daß der Beklagte die Einrede der Inkompetenz dem Gerichte nicht entgegengesetzt, das Beweisinterlokut, welches der Klägerin den Beweis des Klagegrundes und ihm den Beweis seiner Einrede und Widerklage auferlegte, die Rechtskraft hat beschreiten lassen, und erst, nachdem er in erster und zweiter Instanz als sachfällig erkannt worden, die Oberberufung, obschon die hiezu erforderliche Summe offenbar nicht gegeben war, ergriffen und später mit dieser eine auf den Mangel der Kompetenz der Gerichte gegründete Nichtigkeitsbeschwerde verknüpft, in dieser aber erklärt hatte, daß er für den Fall der Unstatthaftigkeit der letzteren seine Revision zurücknehme. Zugleich mit Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde stellte der Beklagte bei der königlichen Regierung von Schwaben und Neuburg den Antrag, diese Behörde möge einen bejahenden Kompetenzkonflikt anregen und die Zuständigkeit der Administrativbehörden für die Sache in Anspruch nehmen, und der kgl. Generalstaatsanwalt beantragte sofort nach Art. 4 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betreffend, die Verweisung der Sache an die Verwaltungsbehörden. Das königl. Oberappellationsgericht verwies die Sache nicht vor den Kompetenzkonfliktssenat, weil es sich veranlaßt fand, das erwähnte Erkenntniß vom 23. April 1855 zu erlassen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin bezieht sich bezüglich der Befugniß des obersten Gerichtshofes zur Vernichtung seines eigenen Erkenntnisses auf GO. Kap. 16 §. 2 Nr. 3, auf den Kommentar zu derselben B. 4 S. 184 und auf die Blätter für RA. Bd. 8 S. 198 und Bd. 17 S. 301, und stützt sich in der Hauptsache darauf, daß

1) die Kompetenzfrage durch die Beweisinterlokute bereits rechtskräftig entschieden sei, und der Beklagte dadurch, daß er die Einrede der Inkompe-

tenz der Gerichte nicht erhoben, auf diese und mithin auch auf die Nichtigkeitsbeschwerde ex defectu competentiae nach S. 41 Bd. 17 der Bl. f. RA. verzichtet habe; daß

2) ein rechtskräftiges Definitiverkenntniß vorliege, indem die zu einer Berufung an die dritte Instanz erforderliche Summe nicht gegeben sei, mithin auch kein Kompetenzkonflikt mehr habe angeregt werden können, und daß

3) ein defectus citationis vorliege, indem nach Anregung des Kompetenzkonfliktes durch den kgl. Generalstaatsanwalt die Sache nach Vorschrift des Gesetzes vom 28. Mai 1850 hätte behandelt werden sollen.

Die mit der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin verbundene eventuelle Remonstration gegen das oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 beruht auf den so eben erwähnten Gründen und sucht nebstdem darzuthun, daß eine Justizsache und nicht ein vor die Administrativbehörden gehöriger Gegenstand hier vorliege.

Mittels Erkenntnisses vom 31. August 1855 verwarf das kgl. Oberappellationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde und die Remonstration der Klägerin aus folgenden Gründen:

„Das oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 wird von der Klägerin als nichtig angefochten

1) wegen Mangels der Kompetenz oder Jurisdiktion,

2) wegen entgegenstehender oder verletzter Rechtskraft und

3) wegen Mangels der Citation.

In allen Beziehungen ist diese Beschwerde grundlos.

Zu 1. Jeder Richter hat seine Zuständigkeit und Kompetenz zu untersuchen und darüber zu entscheiden, um eine von ihm selbst ausgehende unheil-

bare Nichtigkeit zu vermeiden, weil ein von einem inkompetenten Richter erlassenes Urtheil die Rechtskraft nicht erlangt und 30 Jahre lang als nichtig angefochten werden kann. Zu dieser Entscheidung ist er nicht blos im Falle eines Streites über die Gerichtszuständigkeit, sondern auch von Amtswegen berechtigt und verpflichtet, eben aus dem Grunde, weil eine unheilbare Nichtigkeit des ganzen Prozeßverfahrens in Frage, und ihm die Leitung dieses Verfahrens zusteht, sohin auch die Vermeidung jeder Unregelmäßigkeit obliegt, um so mehr einer solchen, welche die Nichtigkeit der Verhandlung zur Folge haben würde. Im vorliegenden Falle hat der Beklagte nicht blos gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 15. September 1854 revidirt, sondern auch nachträglich eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Mangels der Zuständigkeit der Gerichtsbehörde an den obersten Gerichtshof mit der Bitte gebracht, das in dieser Sache bisher gepflogene Verfahren zu annulliren. Diese Beschwerde war nach der GO. Kap. 16 §. 2 zulässig und der oberste Gerichtshof war daher, als zur Entscheidung angerufener, höherer Richter veranlaßt und kompetent, darüber zu entscheiden, ob die in den Vorinstanzen verhandelte Streitsache wirklich eine Justizsache, oder ob sie ein zur Kompetenz der Administrativbehörden gehöriger Streitgegenstand sei, und wenn der oberste Gerichtshof nach seiner rechtlichen Ueberzeugung zu dem Ausspruche gelangte, daß eine Justizsache nicht vorliege, so mußte er zugleich die rechtliche Folge hievon aussprechen und erkennen, daß die Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz als nichtig aufzuheben und der Antrag der Klägerin an die zuständige Administrativbehörde hinzuweisen sei. Das in dieser Art erlassene oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 kann demnach wegen Mangels der Kompetenz nicht angefochten werden. Zur Zeit

der Fällung dieses Erkenntnisses war noch von keiner Verwaltungsstelle nach Art. 5 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 über Kompetenzkonflikte ein Kompetenzkonflikt angeregt. Der Antrag des kgl. Generalstaatsanwaltes vom $^{8}/_{9}$ Dezember 1854 kann als eine solche Anregung nicht gelten, weil dieser immer nur von der die Kompetenz für sich in Anspruch nehmenden Administrativstelle (Kreisregierung oder Centralstelle) geschehen kann (Art. 5, 2 und 3 l. c.), und weil der Antrag nur nach Art. 4 Nr. 1 l. c. gestellt worden ist, folglich erst in dem Falle, wenn nicht demselben entsprochen worden wäre, die Veranlassung zu Anregung eines Kompetenzkonfliktes nach Nr. 2 ibid. sich ergeben haben würde. Es war daher der oberste Gerichtshof als solcher ohne Beiziehung von höheren Verwaltungsbeamten in der Sache zu entscheiden kompetent.

Zu 2. Zur Zeit dieser Entscheidung lag auch noch kein rechtskräftiges Erkenntniß über die Zuständigkeit der Gerichte vor, weil von dem Beklagten die foridekliniatorische Einrede, oder die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte niemals vorgebracht worden, folglich auch der Richter zu einem Erkenntnisse hierüber nicht veranlaßt war, die blos faktische oder stillschweigende Annahme der Zuständigkeit von Seite der Gerichte erster und zweiter Instanz aber als eine rechtskräftige Entscheidung über die Kompetenzfrage nach Art. 2 l. c. nicht angesehen werden kann. Eben so wenig war ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Hauptsache gegeben, indem der Beklagte gegen das Urtheil zweiter Instanz revidirt hat und diese Revision als unzulässig wegen Mangels der Summe nur dann zurückgewiesen werden könnte, wenn eine Justizsache vorläge und der oberste Gerichtshof die Zuständigkeit der Civilgerichte anerkannt hätte, über die an eine Summe nicht gebundene Nichtigkeitsbeschwerde aber vor Allem zu erkennen

war, weil davon die Kompetenz zur Entscheidung über die Revision abhing. Klägerin meint zwar, der Beklagte habe durch die eingelegte Revision auf das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet, das Erkenntniß sei bezüglich der Frage über die Kompetenz in Rechtskraft übergegangen und habe vom obersten Gerichtshofe nicht mehr abgeändert werden können; allein ein solcher Verzicht läßt sich nach Lage der Akten nicht, sondern nur ein unschädlicher Rechtsirrthum annehmen, da beide Theile und die Gerichte die Zuständigkeit der Civilgerichte als begründet faktisch voraussetzten und einen Zweifel darüber niemals angeregt haben. Jedenfalls wurde die Nichtigkeitsbeschwerde noch rechtzeitig geltend gemacht, da über die Revision noch nicht erkannt, sohin noch res integra war. Wenn aber auch der oberste Gerichtshof bei Fällung seines Erkenntnisses einen solchen Verzicht mit Unrecht nicht angenommen hätte, so würde dieses Erkenntniß wohl als ungerecht oder unrichtig prädizirt, aber nicht wegen Mangels der Kompetenz oder wegen entgegenstehender Rechtskraft als nichtig, so wie überhaupt nicht angefochten werden können, weil er ja auch darüber zu urtheilen hatte, ob eine Rechtskraft wegen Verzichtes vorliege, und gegen dieses Urtheil eine weitere Beschwerdeführung nicht stattfindet, da ein höherer Richter hiefür nicht besteht.

Zu 3. Eine Nichtigkeit wegen Mangels des rechtlichen Gehöres soll in dem Umstande liegen, daß der Klägerin der Antrag des Generalstaatsanwaltes vom $^{8}/_{9}$ Dezember 1854 nicht mitgetheilt, die Einreichung einer Denkschrift nicht gestattet und hierauf eine mündliche Verhandlung in öffentlicher Sitzung nicht gepflogen worden sei. Es wurde jedoch bereits oben ad 1 bemerkt, daß nach den dort allegirten Gesetzesbestimmungen dieser Antrag nicht als Anregung eines Kompetenzkonfliktes durch eine Ver-

waltungsstelle anzusehen sei, folglich war auch das im Art. 7 u. f. vorgeschriebene Verfahren nicht einzuleiten, sondern vom obersten Gerichtshofe als solchen ohne Beiziehung höherer Verwaltungsbeamten zu erkennen, wie es auch geschehen ist. Es war zunächst über die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten und über die dadurch angeregte Frage der Zuständigkeit der Civilgerichte zu entscheiden, diese Entscheidung lag dem obersten Gerichtshofe auch schon von Amtswegen ob, um durch Feststellung der Kompetenz oder Jurisdiktion jede weitere Nullität zu beseitigen, und dabei war lediglich die aus den vorgelegten Akten zu entnehmende Beschaffenheit der Streitsache zu berücksichtigen und nach den über die Kompetenzverhältnisse bestehenden Gesetzen zu beurtheilen. Eine weitere Vernehmung der Klägerin über die Beschwerde des Beklagten war daher unnöthig, folglich begründet auch deren Unterlassung keinen Mangel rechtlichen Gehöres. Zu dieser Entscheidung war weder die Anregung eines Kompetenzkonfliktes erforderlich oder die Veranlassung, noch der Antrag des kgl. Generalstaatsanwaltes maßgebend, und man würde die Stellung und den Wirkungskreis der Staatsanwaltschaft gänzlich mißkennen, wenn man die bei den Unter- und Obergerichten zur Wahrung der Straf- und anderen Gesetze bei den Entscheidungen derselben aufgestellten Staatsanwälte in die Kategorie der Verwaltungsstellen einreihen wollte.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist daher durchaus unbegründet.

Eventuell hat dieselbe mit dieser eine Remonstration gegen das oberstrichterliche Erkenntniß vom 23. April 1855 verbunden und um Zurücknahme desselben gebeten. Die Zulässigkeit dieser Remonstration wird auf den §. 55 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 gegründet, dieser § ist aber

auf oberstrichterliche Definitiverkenntnisse eben so wenig anwendbar, als gegen dieselben eine Berufung zulässig ist. Der oberste Gerichtshof hat nicht auf oder über einseitigen Antrag im Anfange oder im Laufe des Prozesses, sondern nach verhandelter Sache über das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten auf dem Grund der ganzen Aktenlage erkannt, von einem auf einseitigen Antrag ergangenen Beschlusse kann sonach hier keine Rede sein. Der §. 55 setzt aber auch voraus, daß gegen die Verfügungen des Richters, welcher einen solchen Beschluß erlassen hat, überhaupt noch eine Berufung oder Beschwerde an einen höheren Richter möglich ist; an dieser Voraussetzung mangelt es aber hier gänzlich. Zur materiellen Rechtfertigung der Remonstration wird auf die für die Nichtigkeitsbeschwerde angeführten Gründe Bezug genommen, welche hier nach der bereits vorausgegangenen Widerlegung derselben nicht weiter zu erörtern sind. Sodann wird aus den einschlägigen Gesetzen darzuthun gesucht, daß hier keine Verwaltungs-, sondern eine Justizsache vorliege, sohin nur die Civilgerichte kompetent seien. Da diese Darstellung nur eine rechtliche Deduktion zur Widerlegung der vom obersten Gerichtshofe ausgesprochenen Rechtsansicht enthält und ihre Argumentation auf dieselben Gesetze gründet, welche auch der oberste Gerichtshof bei seinem Erkenntnisse vom 23. April 1855 gehörig gewürdigt und zum Grunde gelegt hat, so zeigt sich diese Remonstration in ihrer rechtlichen Eigenschaft lediglich als eine Berufung, welche klar machen soll, daß die Klägerin Recht habe, dieselbe verdient aber keine Beachtung und hätte diese nur dann finden können, wenn sie per evidentiam facti darzuthun vermochte, daß das oberstrichterliche Erkenntniß auf einer unwahren faktischen Grundlage be-

ruhe, was jedoch nicht geschehen ist. Cod. jud. Kap. 15 §. 12. Die Remonstration ist daher gleichfalls abzuweisen."

OAGE. vom 31. August 1855 in S. israelitische Kultusgemeinde in Wallerstein w. Aaron Rothenheim.

Das vorstehende Erkenntniß des obersten Gerichtshofes scheint bezüglich der Frage über den Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde in Widerspruch mit dem in Bd. 17 S. 41 dieser Blätter angeführten oberstrichterlichen Urtheile zu stehen. Dieses frühere Erkenntniß hat die Frage: ob in dem Nichtvorbringen der Einrede der Inkompetenz und in dem in Rechtskraft Uebergehenlassen eines Erkenntnisses, durch welches ein inkompetenter Richter sich für kompetent erklärt, ein stillschweigender Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde liege, bejaht, das spätere Erkenntniß vom 31. August 1855 hat sie verneint, und der zuletzt entscheidende Senat erklärte sich mithin für eine der früheren Entscheidung widersprechende Rechtsansicht. Bei diesem Widerstreite hätte wohl die Rechtsfrage, um welche es sich handelt, nach Art. II des Gesetzes vom 17. November 1837 über Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes um so mehr vor die Plenarversammlung des obersten Gerichtshofes gebracht werden sollen, als im Art. III bestimmt ist, daß der Plenarbeschluß für den veranlassenden Fall als Entscheidungsnorm diene und daß dieser sofort hienach von dem betreffenden Senate abzuurtheilen sei. Ob, wenn dem entgegen — wie im vorliegenden Falle — ein Senat des obersten Gerichtshofes die veranlassende Sache entscheidet und hiebei, ohne zuvor einen Plenarbeschluß veranlaßt zu haben, eine Rechtsansicht adoptirt, welche im Widerspruch mit einer, von einem anderen Senate früher aufgestellten Rechts-

ansicht steht, eine Nichtigkeit gegeben sei, ist in dem Gesetze nicht ausgesprochen. Sie scheint mir aber deßhalb vorzuliegen, weil nach der Bestimmung des fraglichen Gesetzes dem betreffenden Senate die Kompetenz mangelte, den ihm vorliegenden Fall ohne vorgängigen Plenarbeschluß zu entscheiden.

W. L. H.

Nachschrift des Herausgebers. Das OAGE. vom 28. November 1851 fußte nach der Mittheilung in unserer Zeitschrift Bd. XVII S. 40 f. auf der Voraussetzung, daß eine Partei bei schon gegebenem Nichtigkeitsgrunde und der Bekanntschaft mit solchem die Verhandlungen fortgesetzt, richterlichen Auflagen genügt, das ordentliche Rechtsmittel der Berufung ergriffen hat, ohne die Nichtigkeit der betreffenden Verhandlungen oder Judikate geltend zu machen. In dem vorstehenden neueren Erkenntnisse ist aber nicht als feststehend angenommen, daß dem Beklagten der obwaltende Nichtigkeitsgrund schon in einem früheren Stadium des Verfahrens zum Bewußtsein gekommen war. Man hat deßwegen Ursache, die Qualifikation zur Verweisung an die Plenarversammlung zu bezweifeln. — Ueber das am Schlusse obiger Mittheilung angeregte Bedenken hat der Herausgeber seine mit der Praxis des OAG. übereinstimmende Ansicht im Kommentar über die GO. Bd. IV S. 181 ausgesprochen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 168.

2.

Auswärtige Notariatsurkunde als öffentliche Urkunde anerkannt.

In einer Rechtssache hatten die Kläger den ihnen rechtskräftig aufgetragenen Beweis, daß sie die Erben des zu Mainz verlebten P. G. geworden seien,

durch Vorlage eines Auszugs aus dem von einem großherzoglich heſſiſchen Notar aufgenommenen Inventar über den Nachlaß des P. G. angetreten, und von den Gerichten I. und II. Inſtanz wurde angenommen, daß der fragliche Beweis durch dieſe Urkunde vollſtändig erbracht ſei. Hiegegen führte Beklagter in der Oberberufung aus: bei Urkunden, welche von auswärtigen Behörden gefertigt ſeien, könne die giltige Errichtung nur dann angenommen werden, wenn es an den im Inlande geltenden Erforderniſſen nicht fehle; daher könne das fragliche Inventar, welches, um als documentum publicum nach bayeriſchem Rechte zu gelten, von einer Gerichtskommiſſion hätte errichtet werden müſſen, nur als ein außergerichtliches Zeugniß betrachtet werden. Dieſe Ausführung wurde für unerheblich erachtet. Nach der GO. Kap. XI §. 1 haben amtliche Urkunden, d. i. ſolche, welche von einer öffentlichen Perſon über die ihr amtlich durch eigene Wahrnehmung kundgewordene Wahrheit von Thatſachen nach den darüber beſtehenden Vorſchriften gefertigt ſind, die Kraft vollſtändigen Beweiſes, und Seuffert bemerkt in ſeinem Kommentar Bd. III S. 118 Note 9 hiezu ausdrücklich, daß das Wort „amtlich" hier in dem weiteren Sinne gebraucht ſei, nach welchem es auch die Funktionen der Gerichtsboten ſo wie der Notare begreife. Notariatsakte müſſen daher als öffentliche vollſtändig beweiſende Urkunden betrachtet werden, wo den Notaren durch die Geſetzgebung der Charakter öffentlicher Perſonen beigelegt iſt, die in dem Akte bekundete Thatſache in den ihnen angewieſenen Geſchäftskreis fällt, und die hiefür vorgeſchriebenen Formen eingehalten ſind. Hiebei iſt es wohl einleuchtend, daß bei Prüfung der Stellung und Kompetenz der handelnden Perſon, ſo wie der von ihr einzuhaltenden geſetzlichen Formen nur diejenigen Beſtimmungen maaßgebend ſein können, welche an dem Orte gelten, wo die Urkunde

errichtet wurde, so daß eine im Auslande ausgestellte Urkunde auch von den Gerichten des Inlandes als richtig und giltig anerkannt werden muß, wenn sie den Gesetzen des Landes, wo sie ausgestellt worden, entspricht.

Bl. f. RA. Bd. XIII S. 111.

Daß aber die Notare nach den in Rheinhessen geltenden Gesetzen zur Fertigung von Nachlaßinventaren befugt sind, und daß ihre hierüber aufgenommenen Urkunden die Eigenschaft von amtlichen Urkunden an sich tragen, ist notorisch, auch von den Revidenten so wenig bestritten, als daß bei Errichtung der vorgelegten Urkunden die nach jenen Gesetzen erforderlichen Formen eingehalten wurden.

Entsprechend diesen Erwägungen wurde vom OAG am 4. Februar 1854 in der Rechtssache Nr. $706^{51}/_{52}$ erkannt.

3.

Ist die Einlegung einer Verwahrung in der durch §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 bestimmten Frist nothwendig gegen eine der selbständigen Berufung nicht unterworfene richterliche Verfügung, von welcher die Partei zugleich mit dem Endurtheile Kenntniß erhält?

In der aus Bd. XX S. 94* ersichtlichen Sache war der Beschluß vom 23. September und die an demselben Tage erfolgte Eidesabnahme dem Kläger zugleich mit dem Endurtheile notifizirt worden. Er legte gegen ersteren keine Verwahrung ein, sondern verband seine desfallsigen Beschwerden mit der nach Ablauf der 14tägigen Frist gegen das Endurtheil eingelegten Berufung. Es wurde deshalb die Frage erhoben, ob er seines Beschwerderechtes gegen den Beschluß nicht durch die Versäumung der rechtzeitigen Verwahrung verlustig geworden sei. Die Motive des angeführten oberstrichterlichen Erkenntnisses sagen hierüber:

„Nach dem Wortlaute des Gesetzes würde die

Bestimmung des angeführten §. allerdings auch hier Anwendung finden; auch kann der vorliegende Fall nicht unmittelbar unter den Gesichtspunkt des Plenarbeschlusses des obersten Gerichtshofes vom 26. April 1843 (Reg.Bl. S. 373), subsumirt werden, wonach es keiner vorausgegangenen Verwahrung bedarf, wenn die einer selbständigen Berufung nicht unterworfene richterliche Entscheidung zugleich mit dem Erkenntnisse in der Hauptsache ergangen ist. Eine solche Anwendung würde jedoch der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen. Diese geht dahin, daß die Verhandlung des Rechtsstreites nicht durch ein Inzidentverfahren über solche Beschwerden aufgehalten werden soll, welche möglicherweise durch den Ausgang des Prozesses hinwegfallen, daß aber in solchen Fällen immerhin „das Gericht und die Gegenpartei nicht in Ungewißheit darüber bleiben sollen, ob jener richterliche Ausspruch als gerecht erkannt werde."

S. Motive des Gesetzentwurfes §. 65.

Daß, von der an dem gleichen Tage erfolgten Notifikation des Beschlusses und des Endurtheiles an, dem Kläger eine zweifache Nothfrist laufen sollte, wäre eine Abnormität, für welche unsere Prozeßgesetzgebung nirgends ein Vorbild darbietet und welche mit dem angeführten Motive des Gesetzes in keinem Zusammenhange stünde." M.

4.

Ueber die Befugniß der außerehelichen Mutter zur Erhebung der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft.

In Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 55 wurde ein Erkenntniß des OAG. zu München vom 13. April 1824 mitgetheilt, welches der außerehelichen Mutter das Recht zugesteht, in ihrem eigenen Interesse die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft gegen den Schwängerer anzustellen, so wie ein neue-

res Erkenntniß des OAG. zu Dresden, welches derselben dieses Recht abspricht. Die Frage ist in jüngster Zeit bei dem bayerischen obersten Gerichtshofe einer eingehenden Erörterung unterworfen worden, deren Resultat wir nachfolgend mittheilen.

Eine ledige Weibsperson aus Rheinbayern, welche sich als Dienstmagd in Oberbayern aufhält, erhob gegen ihren Dienstherrn Klage auf Anerkennung der Vaterschaft zu ihrem Kinde und auf Alimentationsbeitrag. Der Beklagte machte hiergegen unter anderen geltend: die hier angestellte actio filiationis affirmativa utilis, so wie die actio alimentaria, stehe nur dem Kinde zu; da die Klägerin nun nicht als Vormünderin ihres Kindes bestellt sei, und ihr auch nach der desfalls zur Anwendung kommenden Gesetzgebung der Pfalz die gesetzliche Vormundschaft nicht zustehe, so sei sie zu der erhobenen Klage nicht legitimirt. Der Gerichtshof verwarf diese Einrede aus folgenden Gründen:

Wenn es auch streitig ist, aus welchem Gesichtspunkte nach dem deutschen gemeinem Rechte und nach dem bayerischen Landrechte die Klage des außerehelich erzeugten Kindes gegen den Vater auf Anerkennung der Paternität zu beurtheilen sei, so betrachten doch beide den außerehelichen Beischlaf und die Erzeugung des Kindes, der Geschwächten gegenüber, als eine unerlaubte Handlung des Stuprators, für deren Folgen er derselben Entschädigung zu leisten verpflichtet ist. Hierzu gehört insbesondere die Verpflichtung desselben, zur Alimentation des Kindes beizutragen. Diese liegt zunächst der Mutter ob; sie hat daher ein eigenes persönliches Interesse, die Verurtheilung des Kindesvaters zu dieser Leistung zu erwirken und desfalls die Anerkennung der Vaterschaft zu verlangen. Die gemeinrechtliche Praxis gestattet der Mutter in dieser Beziehung die Präjudizialklage de partu agnoscendo. „Der Grund dieses heutigen Rechtes

sagt Glück in den Erläut. der Pand. Bd. 28 S. 149,

beruht hauptsächlich in den Verordnungen des kanonischen Rechts; denn diese legen, ohne einige Rücksicht auf die römischen Gesetze, dem Vater schon als Zeuger seines Kindes, die Pflicht auf, auch seine unehelichen Kinder zu ernähren... Er ist dazu sogar in einem vorzüglicheren Grade als die Mutter verbunden. Es muß also auch die Mutter des unehelichen Kindes ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wenn er dieselbe verweigert oder verzögert, aufzufordern und durch die Präjudizialklage de partu agnoscendo die Verpflegung ihres Kindes auf ihn zu übertragen berechtigt sein. Da diese Klage, ebenso wie die direkte Präjudizialklage, auf Anerkennung und Ernährung des unehelichen Kindes gerichtet wird, und auch die Paternität des Vaters zum Grunde hat, so wird sie actio de partu agnoscendo utilis genannt."

Vgl. Böhmer, doctr. de Action. Sect. II Cap. 1 §. 29,

Leyser, meditat. spec. 36 Nr. 5,

Schmidt, von Klagen und Einreden §. 395.

Das bayerische Landrecht enthält keine Abweichung von dieser gemeinrechtlichen Auffassung. Es stellt die Entschädigungsansprüche der Kindesmutter unter den Gesichtspunkt der lex Aquilia,

Th. IV Kap. 16 §. 6 Nr. 6,

und legt dem Stuprator die ausschließliche oder theilweise Alimentation des Kindes sogar für den Fall auf, wenn die Vaterschaft ungewiß ist, weil die Mutter auch anderen in Unehren beigehalten hat.

Th. I Kap. 4 §. 9 Nr. 4.

Um so mehr muß die Mutter alsdann zur Forderung des Alimentationsbeitrages für berechtigt erachtet werden, wenn diese Ungewißheit hinwegfällt und der Beklagte, als alleiniger Beihälter, für den Vater des Kindes zu halten ist. Für die Geschwächte

ist allerdings die Anerkennung der Vaterschaft nicht der unmittelbare Gegenstand der Klage; sie bildet aber die Grundlage ihrer pekuniären Ansprüche. Dieselbe ist daher nothwendig in den Fall gesetzt, dieses Fundament ebenfalls klagbar geltend zu machen. — Der oberste Gerichtshof ist sogar noch weiter gegangen. Durch Erkenntniß vom 13. April 1824 in Sachen Gruber gegen Plattner RNr. $461^{23}/_{24}$, wurde der außerehelichen Mutter die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft, — ohne Verbindung mit weiteren Ansprüchen auf Alimentation des Kindes oder Schadloshaltung für die Defloration, aus dem Gesichtspunkte zugestanden: daß sie dabei ihrer eigenen Ehre wegen betheiligt sei, um ein bestimmtes Individuum zum Vater des Kindes zu haben und nicht als liederliche, sich jedem preisgebende Dirne zu erscheinen."

OAGE. v. 5. Mai 1855. Nr. $261^{54}/_{55}$.

M.

5.

Ankauf von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, von verdächtigen Personen.

Preuß. R.

Die Vorschriften der §§. 18 u. 19 Tit. 15 Thl. I des A. L. R., so wie des §. 49 des Anh., wonach der Käufer einer Sache schon deshalb, weil er die Sache von einer ganz unbekannten, oder von einer solchen Person gekauft hat, die mit Sachen solcher Art nicht zu handeln, oder nach ihrem Stande und ihrer Lebensart sie nicht zu besitzen pflegt, — verpflichtet wird, dem besser berechtigten Rückforderer die Sache unentgeltlich herauszugeben, finden auf Ankäufe von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, und nicht außer Kurs gesetzt sind, nicht Anwendung.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 5. April 1854. Entscheid. d. OT. Bd. 27 S. 348.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 2. Februar 1856. 21. Jahrgang. № 3.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den geeigneten Weg zur Ermittelung des Pflichttheiles bei Erbstreitigkeiten. — Gerichtszuständigkeit in Prozessen über Ausübung des Weiderechts, welche bei Verkündung des Gesetzes vom 28. Mai bereits anhängig waren. — Zur Lehre von der Leistung des einer Gemeinde auferlegten Eides. — Der Vertheidiger des Angeklagten auf die Zeugenliste gesetzt. — Gnome. —

Ueber den geeigneten Weg zur Ermittelung des Pflichttheiles bei Erbstreitigkeiten.

Wenn sich ein Notherbe darüber beklagt, daß ihn der Erblasser durch seine letztwillige Verfügung am Pflichttheile verletzt habe, oder auch wenn derselbe wirklich auf den Pflichttheil gesetzt ist und über den Betrag, welcher von ihm in dieser Beziehung beansprucht wird, eine Differenz obwaltet, so ergibt sich beinahe immer die Frage, in welcher Weise denn ermittelt werden könne, worin der Pflichttheil bestehe, ob er verletzt und wie viel zu seiner Deckung oder Ergänzung erforderlich sei. Wie ist aber diese Frage, welche sich offenbar um einen streitigen Thatbestand dreht, zur Lösung zu bringen? Als der gewöhnliche und am nächsten liegende Weg, der auch am häufigsten betreten wird, scheint sich die Beweisauflage darzubieten. So oft der Richter im Angesichte der Verhandlungen einer Sache auf ein streitiges Faktum stößt, wovon der Ausgang der Sache abhängt, setzt er es der treffenden Partei zum Beweise aus; das Beweisinterlokut ist das ganz regel- und normalmäßige Mittel, um aus der Ungewißheit über be-

strittene Thatsachen herauszukommen, die Beweisauflage ist zugleich eine bequeme Brücke, um von der vorgenommenen Prüfung der Rechtsfragen auf die Erforschung des Faktums, was ihnen zu Grunde liegt, hinüberzusetzen. Die Sorge, wie derjenige, dem eine erhebliche Behauptung widersprochen ist, seinen Beweis zu erbringen vermöge, glaubt man in der Berufung auf die Verhandlungsmaxime getrost ihm selbst überlassen zu können; die Frage darüber, wie am Ende die sich durchkreuzenden Beweiserhebungen mit Hilfe einiger in ewiger Bereitschaft stehender Notheide zu entwirren und zu einem festen Niederschlage zu bringen seien, liegt noch in weitem Felde und beläſtigt uns für den Augenblick nur wenig. Da nun das Recht auf den Pflichttheil, und ebenso seine Verhältnißzahl zum Bestande der ganzen Erbschaft meistens unbeanstandet feststehen, und der Notherbe, der ihn verlangt, nicht die Verletzung als die blose Negation des Umstandes, daß er ihn habe oder damit zufrieden gestellt sei, zu beweisen haben wird, so scheint der einfachste Ausweg von selbst dahin zu führen, dem eingesetzten Erben, welcher in Bezug auf den Pflichttheil als Schuldner einer noch ungewissen Werthssumme zu betrachten ist, den Beweis darüber aufzulegen, daß der Notherbe durch dasjenige, was er als Vorempfänge wieder einwerfen muß, und was ihm der Erblasser in seinem Testamente noch zulegte, dasjenige, was ihm gebührt, auch vollständig zugewendet erhalten habe, mit anderen Worten, daß sein Pflichttheil nicht verletzt sei. Dem Gegner bleibt dann natürlich überlassen, wie er das Widerspiel von dem Allen in seinem vorbehaltenen Gegenbeweise darzuthun vermöge. Beweisauflagen dieser Art kommen wirklich in der Praxis vor und führen dann zu jenen monströsen Beweisverfahren, wobei die Liquidation einer ganzen Erbschaft ihren obligaten Tummelplatz innerhalb der

Gränzen eines ganz unscheinbaren Beweisthema's findet.

Eine nähere Betrachtung dieser Sache wird nicht blos auf das Mißliche und Verwirrende, sondern auch auf die Unhaltbarkeit einer solchen Behandlung verwickelter Streitfragen hinführen.

1) Um den wahren Erbtheil eines Jeden von mehreren Miterben zu ermitteln, ist der gesetzlich vorgezeichnete Weg die förmliche Erbtheilung, worüber das römische Recht in seiner Lehre von der actio familiae erciscundae, und das bayer. Landrecht Th. III Kap. 1 §§. 14—16 die geeigneten Vorschriften ertheilt haben. Die Klage auf Erbtheilung hat aber das Eigenthümliche eines judicium duplex, daß ein Jeder der Betheiligten dabei als Kläger und Beklagter zugleich erscheint.

Fr. 2 §. 3 fam. ercisc. (10, 2):

„In familiae erciscundae judicio unus quisque heredum et rei et actoris partes sustinet.“ Der wahre Sinn dieser Anleitung kann nur der sein, der zufällige Umstand, welcher von den Miterben die Klage erhebt, solle die Gesichtspunkte ihrer alle Interessen umfassenden Erledigung nicht verrücken können, einem jeden Miterben liege vielmehr ob, zu dem allseitigen Zusammentrage der Elemente, welche zur Erbtheilung gehören, seiner Seits mitzuwirken, soviel an ihm gelegen ist, ein jeder solle sich in der gleichen Lage befinden, eine Verurtheilung oder einen Obsieg als den Schluß der ganzen Operation anzunehmen.

2) Da dieses Verfahren in vielen Fällen ein zusammengesetztes und verwickeltes sein muß, so erwähnt schon das römische Recht an mehreren Stellen des Kodex, insbesondere in Const. 5, 15 und 21 h. t. (3, 36) eines arbiter familiae erciscundae judicio datus, dessen Verrichtungen wir in dem Amte des französischen Notars und der deutschen

Verlassenschaftsbehörde genau wieder finden. Das Verfahren dieses arbiter gewährt den Vortheil, nicht die ganze Masse der dabei auftauchenden Fragen den Gerichten aufzubürden, sondern nur die wahrhaft streitigen auszuscheiden, um den Richter mit ihrer Erledigung befassen zu können. In den deutschen Gerichten sind insbesondere die Verrichtungen jenes arbiter unter dem Namen der Verlassenschaftsbehandlung wohl bekannt, deren Schlußstein sodann die Erbtheilung, oder wenn die Theile sich nicht darüber vereinigen, die Aufstellung eines Erbvertheilungsplanes bildet, mit dem Vorbehalte, denjenigen, der ihn angreifen will, damit auf den Rechtsweg zu verweisen und also mittelbar ihm die Rolle des Klägers anzuweisen.

3) Jede Streitverhandlung über Größe und Zuwendung des Pflichttheils hat die Aufgabe der actio fam. erc. zu lösen, sie muß sich daher auch unter alle gesetzlichen Regeln fügen, welche jener Klage vorgezeichnet sind. Eine derselben besteht nun darin, daß der Kläger hiedurch zugleich und ohne förmliche Widerklage von selbst Beklagter wird, eine zweite, daß er einen arbiter familiae erciscundae judicio datus annehmen, d. h. das Verfahren einer wohlgeordneten Nachlaßbehandlung als eine Vorbereitung seiner Klage mit durchlaufen muß, weil dieses Verfahren den Streit erst auf so einfache Punkte zurückführen wird, in Ansehung deren sich leicht beurtheilen läßt, wer für jeden einzelnen der Kläger und wer der Beklagte sei, wem der Beweis und wem der Gegenbeweis obliege.

4) Wenn dagegen die Frage der Verletzung des Pflichttheils als eine versammte Thatsache aufgefaßt und dem beklagten Testamentserben der Beweis darüber auferlegt wird, daß durch das vorliegende Testament dem Kläger seine Nothgebührniß bereits zugewendet sei, so liegt in diesem Verlangen

sehr oft eine kolossale Aufgabe verborgen, welche durch ihre Entwickelung den Beklagten beinahe immer beschweren muß, weil sie die ganze Erbtheilung als eine familia erciscunda mit all' ihren Elementen umschließt, die Liquidation einer ganzen Erbschaft in ein Beweisthema einspinnt und mithin sich auf zahlreiche Punkte erstreckt, worüber der Beklagte selbst als Kläger zu betrachten, und in keinem Falle beweispflichtig wäre.

Die Erbtheilung, wie wir solche in unseren Verlassenschaftssachen sich entwickeln sehen, umfaßt gewöhnlich die genaue Erhebung des Aktivstandes durch Inventur, die des Passivstandes durch eine veranstaltete Vorladung und Liquidation der Gläubiger, die der Konferendposten, wobei jeder einzelne Erbe als Schuldner der ganzen Massa, jeder Miterbe als sein Gläubiger in Betracht kommt. Erst aus einer genauen Kenntniß dieser Faktoren läßt sich der Bestand der reinen zur Vertheilung kommenden Erbschaft in einer Werthssumme angeben, sich nach dem Verhältnisse der zusammentreffenden Erben und ihrer Portionen vertheilen, jedem Einzelnen sich sein Vorempfang als Gutmachung aufrechnen und sodann das übrige, was ihm noch fehlt, aus der noch vorhandenen Aktivmassa anweisen. Erst wenn all' jene Vorpunkte bekannt sind, läßt sich die Intestaterbportion des Notherben und folglich auch sein Pflichttheil als ein Theil derselben berechnen. In jenem Beweisthema liegt aber nun die Aufgabe für den beklagten und begünstigten Testamentserben versteckt, diese ganze komplizirte Operation nicht blos auf seine Wag und Gefahr zu veranstalten, sondern auch jedes einzelne Stück derselben zu beweisen, mit den gewöhnlichen Beweismitteln und eingezwängt in zahlreiche Fallfristen, umstellt von der Gefahr leicht möglicher Versehen darzuthun, was für ihn in den meisten Fällen unerschwinglich sein oder werden muß.

5) Betrachten wir die Sache etwas näher im Einzelnen, so läßt sich gewiß jenes Beweisthema, daß der Kläger in Ansehung seines Pflichttheiles zufrieden gestellt sei, beinahe immer in folgende Glieder auflösen, der Beklagte habe zu beweisen:

a) in welcher Größe sich der wirkliche Aktivstand des Rücklasses an liegenden Gründen, fahrender Habe und Schuldforderungen gestalte.

Allein hiezu ist die Inventur mit der in ihr begriffenen Befugniß des Richters zur selbstthätigen Forschung nach Aktiven der geeignete Weg; den Aktivstand zu erhöhen, hat überdies nicht der bevorzugte Testamentserbe, sondern der um den Pflichttheil ringende Miterbe ein Interesse, nur ihm kann daher auch die Beweislast über den Aktivstand obliegen, wie schon Const. 3 fam. erc. andeutete: Si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum"; der begünstigte Erbe müßte außerdem den Beweis auf sich nehmen, daß die Erbschaft aus nicht mehr als diesen und jenen Stücken bestehe, was doch ein negativer Umstand wäre. Die beste Ermittelung des Werthes der Aktivmassa wird überdies durch ihren öffentlichen Verkauf im Wege der Subhastation oder Lizitation, und bei Aktivausständen durch ihre gerichtliche Beitreibung erzielt; mithin erscheint in all' diesen Punkten der beklagte Haupterbe durch jene Auflage beschwert.

b) Das Beweisthema gibt weiter auf, darzuthun, wie groß der Passivstand der Massa, welche liquide Schulden vorhanden sind. Allein hiemit scheint wieder zuviel von dem eingesetzten Erben verlangt zu sein; zur Kenntniß des Passivstandes kann vielmehr nur eine Vorladung und Liquidation der Gläubiger führen, da alle Miterben ein gleiches Interesse haben, die Erbschaft so wenig als möglich mit Schulden beladen zu sehen. Auch hat der Erbe hiezu

die Beweismittel noch gar nicht, die sich nur in den Händen der dritten Gläubiger befinden können und die er gegen dieselben anzufechten sogar leicht in den Fall kommen kann. Eine solche Beweisauflage könnte den Erben in die zweideutige Lage bringen, eine eingeklagte Forderung gegen den Gläubiger als grundlos zu widersprechen, sie aber seinem Miterben gleichwohl als Passivum auf- und abzurechnen, weil die Verurtheilung am Ende dennoch erfolgen und mittelbar den Pflichttheil verringern kann.

c) Weiter müßte der Erbe in Gemäßheit jenes Beweisthema's darlegen, wie groß die Vorempfänge seiner Miterben und wie klein seine eigenen seien; in dem ersten Punkte liegt zwar der Beweis ihm, in dem zweiten dagegen seinen Gegnern ob; ja die angeblich verletzten Miterben können leicht sogar über ihre eigenen Vorempfänge unter sich gar nicht einig sein. Hiebei können sehr spinöse Fragen darüber mit einfließen, ob sich denn ein Vorempfang auch zur Kollation eigne, wie namentlich in dem unten beigefügten Falle vorkam, wo eine Tochter ein Darlehen vom Vater empfangen, dieser aber dasselbe in ihrem Konkurse bereits verloren hatte, und in seinem Testamente ihr solches dennoch wieder als Konferendposten aufrechnen wollte. Wie kann diese Frage mit allen Wechselfällen ihrer Lösung in die Auflage, die Deckung des Pflichttheiles durch das Testament zu beweisen, zur gelegenheitlichen Erledigung mit untergebracht werden?

Jenem ganz allgemeinen Beweisthema wird daher in allen Fällen die ganz verschlungene und vielköpfige Bedeutung inne wohnen, der begünstigte Haupterbe habe darzuthun, daß der wahre und erweisliche Aktivnachlaß nach Abzug der erweisbaren Schulden, jedoch mit Einrechnung der sämmtlichen zur Kollation sich eignenden und erst zu erprobenden Vorempfänge der Notherben sich immerhin als zur

Vertheilung kommende Erbschaft nur so hoch belaufe, daß der klagende Notherbe unter Zusammenrechnung dessen, was ihm als kollationspflichtiger Vorempfang erwiesen werden konnte und was ihm der Erblasser in seinem letzten Willen noch zuwendete, in Ansehung seines gesetzlich zu berechnenden Pflichttheiles vollständig zufrieden gestellt erscheine. Welch' schwerfälliger Stoff für das Unternehmen einer Beweisführung, welch' übermäßige Ladung für die geregelte Bahn eines Beweisverfahrens im ordentlichen Prozesse!

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Gerichtszuständigkeit in Prozessen über Ausübung des Weiderechts, welche bei Verkündung des Gesetzes vom 28. Mai 1852 bereits anhängig waren.

Vgl. Bd. XX S. 330.

Abweichend von dem am ebenbezeichneten Orte mitgetheilten Urtheile vom 27. Dez. 1854 erkannte der oberste Gerichtshof in einer anderen (gleichfalls unterfränkischen) Sache. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Daß die Entscheidung der Streitfrage, welche sich in Folge der Bestimmung des Art. 5 des Ges. vom 4. Juni 1848 darüber ergab: ob die mit Klee besäten Aecker zu den in Fruktifikation befindlichen Feldern zu rechnen seien, von welchen die Weide nicht blos während des Sommers, sondern auch während des Herbstes, Winters und Frühjahrs ausgeschlossen sei, in die Zuständigkeit der Gerichte ge-

hörte, ist in mehreren oberstrichterlichen Erkenntnissen anerkannt und ausgesprochen worden.

Dieses Kompetenzverhältniß ist aber durch das Gesetz v. 28. Mai 1852 geändert worden. Nach Art. 47 und 48 d. G. ist die Entscheidung dieser Frage den Verwaltungsbehörden zugewiesen worden; denn diese Frage läßt sich jenen Fällen nicht beirechnen, zu deren Entscheidung die Zuständigkeit den Gerichten in den Art. 27, 32 und 48 ausdrücklich vorbehalten worden ist.

Die hierüber zwischen den Streittheilen gepflogenen Verhandlungen wurden aber schon durch die am 2. Sept. 1851 erhobene Klage eingeleitet, und am 7. Febr. 1852 erfolgte das Erkenntniß erster Instanz. Die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte auf den Grund des Ges. v. 28. Mai 1852 konnte bei diesen Verhandlungen nicht vorgebracht werden, weil damals dieses Gesetz noch nicht erlassen war. Es ist im Art. 65 d. G. aber auch bezüglich des Vollzugs desselben bestimmt, daß dasselbe 2 Monate nach der Verkündung, und zwar, so weit es von Ablösung von Weiderechten handelt, für alle, bis dahin noch nicht in erster Instanz entschiedenen Fälle in Wirksamkeit treten soll. Dem Gesetze ist also eine rückwirkende Kraft nur in so weit eingeräumt worden, als die Ablösung von Weiderechten, d. i. die Ermittelung der Entschädigungssumme für das abzulösende Hutrecht nach einem bestimmten Maaßstab in Frage gestellt, und über die desfalls gepflogenen Verhandlungen I. Instanz noch keine Entscheidung erlassen war. Keine dieser Voraussetzungen ist hier vorhanden. Durch die spezielle Erwähnung dieses Ausnahmsfalles in den Bestimmungen über den Eintritt der Wirksamkeit des Gesetzes hat der als Regel geltende Grundsatz seine volle Anerkennung und Bestätigung erhalten, daß die Wirksamkeit eines Gesetzes nur für

künftige nicht für vergangene Fälle eintritt, und die Folgen und Wirkungen, welche sich erst nach Erlassung des neuen Gesetzes entwickelten, doch immer nach dem alten Gesetze zu bestimmen sind. Die Zuständigkeit der Gerichte muß daher, so wie die Handlungen der Beklagten, aus welchen die Kläger eine Verletzung ihrer Rechte ableiteten, nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden, welche zu der Zeit der begangenen Rechtsverletzung und der gerichtlichen Rechtsverfolgung in Gültigkeit bestanden. Diesem nach können Streitigkeiten, welche nicht die Ablösung des Weiderechtes, sondern die Ausübung des Weiderechtes selbst auf Kleefeldern betreffen, und die in erster Instanz von einem Gerichte bereits entschieden worden sind, nicht mehr vor die Verwaltungsbehörden zur Kognition und Erledigung gezogen werden, sondern sie sind in dem Instanzenzuge, in welchem sie sich bereits befinden, von den Gerichten fortzubehandeln und zu entscheiden.

Das oberstrichterliche Erk. vom 27. Dez. 1854 (Nr. 1011 53/54) wurde in einer anderen Prozeßlage [1]) erlassen; denn als die Hauptsache am 20. Juli 1853 zur Verhandlung kam, war das Gesetz vom 28. Mai 1852 bereits in Wirksamkeit getreten, es wurde die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte auf den Grund dieses Gesetzes ausdrücklich eingewendet [2]),

---

[1]) Aber aus Motiven, von deren Standpunkte aus die Verschiedenheit der Prozeßlage als unerheblich erscheint, und auch die jetzt vorliegende Rechtssache, ungeachtet der Verschiedenheiten der Prozeßlage, zur Verweisung an die Verwaltungsbehörde sich geeignet hätte. S.

[2]) In den Motiven des OAGE. v. 27. Dez. 1854 heißt es hierüber: „die vorwürfige Frage muß im Interesse der öffentlichen Ordnung ex officio unabhängig von dem Parteiwillen regulirt werden, und deshalb kann und soll der Oberrichter selbst ohne desfallsige Ein-

und es wurde die angeregte Streitfrage in den beiden Vorinstanzen als eine solche erkannt, deren Entscheidung den Gerichten auch nach dem Gesetze vom J. 1852 nicht entzogen sei.

OAGE. v. 14. Sept. 1855. Nr. $890^{54}/_{55}$.

2.

Zur Lehre von der Leistung des einer Gemeinde auferlegten Eides.

Vgl. Bd. III S. 49, 256; Bd. IV S. 8; Bd. XI S. 155.

Einer Stadtgemeinde war der Erfüllungseid darüber auferlegt, daß eine Mauer, welche einem Gemeindewege zur Stütze dient, Eigenthum ihres Gegners sei, indem von diesem Eigenthumsverhältnisse die Verpflichtung desselben zur Wiederherstellung der Mauer, der Gemeinde gegenüber abhing. Zur Leistung dieses Eides brachte der Magistrat einen Maurermeister und einen Zimmermann, Mitglieder der Stadtgemeinde, in Vorschlag, — als Baukundige, welche Kenntniß von Plänen, von der Manipulation des Vermessens u. s. w. besitzen und daher zur Beurtheilung der hier in Frage stehenden technischen Thatsache geeignet seien, indem insbesondere die Prüfung der Fundamente der alten Mauer und die Aufbauung der neuen technische Kenntnisse und den Besitz der Mittel zur Prüfung der Mauerverhältnisse voraussetze, welche den Mitgliedern des Magistrats fehlen. Der Beklagte verlangte dagegen, daß der Eid durch den Bürgermeister und den rechts-

---

rede, und Beschwerde zur höheren Instanz — (eine solche war gegen die erstrichterliche Verwerfung der Einrede nicht geführt worden) — die Verweisung einer an ihn gelangenden Sache, worüber den Justizbehörden die Kognition mangelt, an die Administrativbehörde anordnen."

kundigen Magistratsrath, der den Prozeß für die Gemeinde durchgeführt hatte, oder durch einen derselben im Vereine mit den vorgeschlagenen Schwurmännern geleistet werde. Dieses Begehren wurde insbesondere auf die Bestimmung des fr. 97 de condit. et demonstr. (35, 1) gegründet, worin der Grundsatz aufgestellt sei, daß der einer Gemeinde auferlegte Eid durch die Gemeindevorsteher geleistet werden müsse.

Diese Ansicht fand auch Eingang bei dem Richter erster Instanz, welcher die Leistung des Eides durch den rechtskundigen Magistratsrath anordnete. Auf die Berufung des Magistrats erkannte das Appellationsgericht: der Magistrat habe denjenigen oder diejenigen, welche den Eid ableisten sollen, aus seiner Mitte zu benennen. Der Magistrat legte hiergegen Revisionsbeschwerde ein, durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 6. Sept. 1855 (RNr. $622^{54}/_{55}$) wurde jedoch die appellationsgerichtliche Entscheidung aus folgenden Gründen bestätigt:

Wenn das vom Beklagten und vom ersten Richter angerufene fragm. 97 Dig. de condition. et demonstr. (35, 1) als Auskunftsmittel für den Fall der mit einem Legat an die Gemeinde verbundenen Eidesauflage, die Ausschwörung des Eides durch die Gemeindevorsteher bezeichnet:

> quemadmodum ergo pareri potest? per eos itaque (municipes) jurabunt, per quos municipii res geruntur, —

so kann diese nur für eine spezielle Klasse von promissorischen Eiden gegebene Vorschrift nicht als Regel für andere Klassen von Eiden aufgefaßt werden, welche selbst alsdann Anwendung finden sollte, wenn diejenigen, welchen die Verwaltung und Vertretung der Gemeinde im Allgemeinen anvertraut ist, von der zu beschwörenden Thatsache keine persönliche Kenntniß haben, wohl aber andere Mitglieder der

Gemeinde. Es würde dieſes mit den Grundſätzen im Widerſpruche ſtehen, welche das römiſche Recht im Betreff der verwandten Frage der Eidesleiſtung durch Vormünder aufſtellt.

> Sed nec tutorem cogendum (jurare) D. D. fratres rescripserunt. grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire. fr. 4 pr. D. de in litem jur.

Daraus, daß dem Gemeindevorſtande die Verwaltung und Vertretung der Gemeinde anvertraut iſt, kann der ausſchließliche Beruf der Mitglieder desſelben zur Ausſchwörung eines der Gemeinde auferlegten Eides nicht abgeleitet werden; denn dieſe Eidesleiſtung läßt ſich den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen nicht gleichſtellen. Schon bei dem der Parteienwillkür anheim geſtellten Haupteide tritt neben dem Geſichtspunkte des Vergleichs immerhin auch die Natur des Eides als Beweismittel hervor, wodurch die Wahrheit eines thatſächlichen Verhältniſſes juriſtiſch erbracht werden ſoll.

Vgl. Linde in der Zeitſchrift für Civilr. und Proz. Bd. 15 S. 160 und f.

Der richterlich auferlegte Eid beruht vollends ausſchließlich auf dieſem zweiten Geſichtspunkte. Bei der Frage, wer für die Gemeinde zu ſchwören habe, kann daher nur das perſönliche Wiſſen der Schwurmänner entſcheiden.

Die gemeinrechtliche Praxis hat ſich deshalb längſt dahin feſtgeſtellt, daß ein ſolcher Eid auch durch andere Gemeindeglieder geleiſtet werden könne, und es wird hauptſächlich nur darüber geſtritten, welcher Partei die Wahl der Schwurmänner zuſteht, und wie viele Mitglieder ſchwören ſollen.

S. Leyser, medit., spec. 143 medit. III—V. —

Glück, Komment. Bd. 12 S. 221. —
Linde, im Archiv für Civ.Pr. Bd. 10 S. 9 S. 54 Bd. 13 S. 181 und in der Zeitschr. Bd. 15 S. 160 und Bd. 18 S. 280. —
Hecht, in der Zeitschrift Bd. 15 S. 153 Bd. 18 S. 262. —
Deurer, im Archiv Bd. 25 S. 208. —
Arnold, über Eidesleistung durch Stellvertreter §. 25.

Die Zulassung der zur Gemeindeverwaltung nicht gehörigen Mitglieder der Gemeinde zur Eidesleistung kann noch weniger im bayerischen Prozesse beanstandet werden, indem die Gerichtsordnung durch ihr Stillschweigen über diese Frage, die Entscheidung lediglich dem durch die Lage der Sache zu leitenden Ermessen des Richters anheimstellt.

Vgl. Seuffert, Komment. zur GO. Bd. 3 S. 285.

Dem Antrage des Magistrats, daß der auferlegte Erfüllungseid durch die von ihm vorgeschlagenen Gemeindeglieder geleistet werden soll, würde daher zu entsprechen sein, wenn nachgewiesen wäre, daß diese über die zu beschwörende Thatsache: „daß die fragliche Mauer zur Zeit ihrer Wiederherstellung auf dem Weinberge des Beklagten stand," persönliche Kenntniß besitzen, welche den Mitgliedern des Magistrats fehlt. Jener Antrag wird aber nicht auf ein besonderes historisches Wissen der vorgeschlagenen Schwurmänner gegründet, sondern auf ihre Eigenschaft als Baukundige, welche Kenntniß von Plänen, von der Manipulation des Vermessens u. s. w. besitzen, und daher zur Beurtheilung der hier in Frage stehenden technischen Thatsache geeignet seien, indem insbesondere die Prüfung der Fundamente der alten Mauer und die Aufbauung der neuen technische Kenntnisse und den Besitz der Mittel zur Prüfung der Mauerverhältnisse voraussetze, welche den Mit-

gliedern des Magistrats fehlen. Ob überhaupt ein bloses Urtheil über die zu beschwörende Thatsache zu einem assertorischen Eide befähige, welcher nach der Bestimmung der GO. Kap. 13 §. 1 eigenes gutes Wissen voraussetzt, ist hier nicht Gegenstand der Entscheidung; geht man aber hierin auch von dem Standpunkte der revidirenden Partei aus, so ist es jedenfalls einleuchtend, daß es sich hier nicht von einer dem Laien schwer oder gar nicht zugänglichen wissenschaftlichen Erörterung handelt, daß vielmehr der rechtskundige Magistratsrath Roßbach, welcher wegen seiner Theilnahme an der Verhandlung des Rechtsstreits vom ersten Richter zur Leistung des Eides bezeichnet worden war, oder andere Mitglieder des Magistrats, zu dessen amtlichem Wirkungskreise die Gemeindewege gehören, wohl im Stande sind, sich durch Zuziehung und Belehrung von Fachmännern ein Urtheil über die betreffenden Verhältnisse zu bilden, auf dessen Grund sie so gut, wie die vorgeschlagenen Gewerbsleute den Eid mit gutem Gewissen schwören können. M.

3.

Der Vertheidiger des Angeklagten auf die Zeugenliste gesetzt.

Der Advokat S., welcher in der Anklagesache wider M. von der Staatsanwaltschaft als Zeuge vorgeschlagen war, protestirte gegen die Ablegung eines Zeugnisses, weil er dem Angeklagten schon in der Voruntersuchung beiräthig gewesen und von demselben zum Vertheidiger bestellt sei. Diese Protestation wurde als unstatthaft verworfen. Gründe:

Die allgemeine staatsbürgerliche Pflicht, vor Gericht Zeugniß abzulegen, leidet zwar dann eine Ausnahme, wenn es sich um Thatsachen, welche ein Rechtsanwalt in Folge und Anlaß des ihm übertragenen Patronats in Erfahrung gebracht hat, handelt.

Ein Rechtsanwalt wird aber der Pflicht, über seine außerhalb dieses Verhältnisses liegenden Wahrnehmungen Zeugniß abzulegen, durch Annahme eines Patronats oder einer Vertheidigung nicht enthoben. Vielmehr könnte es die Zwecke der Rechtspflege geradezu vereiteln, wenn es einem Angeklagten freistände, durch die Wahl eines für den Anschuldigungsbeweis unentbehrlichen Zeugen zum Vertheidiger dessen Vernehmung zu verhindern. Mithin ist Adv. S. als unzulässiger Zeuge nicht zu betrachten, indem er nach der Intention der Staatsanwaltschaft über Thatsachen, welche sich vor Einleitung der gegenwärtigen Untersuchung ereignet haben, und über Wahrnehmungen, welche er außerhalb seines Verhältnisses als erwählter Vertheidiger des Angeklagten M. gemacht hat, als Zeuge vernommen werden soll. Es wird sich vielmehr erst in der Hauptverhandlung ergeben, ob und wie weit eine Befugniß desselben, unter Berufung auf das zwischen ihm und dem Angeklagten behaupteternassen seit Einleitung der gegenwärtigen Untersuchung bestandene Klientelverhältniß die Antwort auf ihm vorgelegte Fragen zu verweigern, anzuerkennen ist. Unter diesen Umständen kann er aber als Vertheidiger nicht fungiren; es wird daher verfügt, daß der eventuell bestellte Vertheidiger R. einzutreten habe.

Erk. des Schwurgerichtshofes zu Braunschweig vom 20. Juni 1855. Zeitschrift für Rechtspflege im H. Braunschweig. Jahrgang II. S. 109.

Gnome.

Streitfragen sind begabt mit göttlicher Natur;
Von Sterblichkeit erscheint bei ihnen keine Spur.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 16. Februar 1856. 21. Jahrgang. № 4.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den geeigneten Weg zur Ermittelung des Pflichttheiles bei Erbstreitigkeiten. Schluß. — Eventuelle Berufung, einer Remonstration beigefügt. — Erbschaftlicher Besitzstreit. Einmischung der Käufer von Erbschaftstheilen. — Verfügung der Gutsschätzung im Exekutionsverfahren. Erfordert dieselbe Kollegialberathung? — Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsantheils nach erfolgter Ehetrennung. Schweinfurter Stadtrecht. — Clausula rebus sic stantibus. —

Ueber den geeigneten Weg zur Ermittelung des Pflichttheiles bei Erbstreitigkeiten.

(Schluß.)

6) Als das einfachste Mittel, um all' diese Mißstände und Verwickelungen des Verfahrens zu vermeiden, kommt uns dafür außer der Anleitung des römischen Rechtes, welches dem Richter erlaubt, einen arbiter familiae erciscundae aufzustellen, nur eine solche Zergliederung der hiebei einverwebten Fragen entgegen, vermöge welcher diejenigen, welche das Recht auf den Pflichttheil und dessen Belauf als aliquoten Theil der Erbschaft betreffen, von den übrigen getrennt und als präjudiziell zum Voraus entschieden, die Frage des Quantum aber, wie hoch sich nach all' jenen erst zu erhebenden Anhaltspunkten der Pflichttheil und seine etwa nöthige Ergänzung wirklich belaufe, zu einer abgesonderten summarischen Liquidation verwiesen wird. Denn eine gerichtliche Erbtheilung läßt sich nie so leicht in den engen Rahmen des ordentlichen Prozesses mit

seiner souveränen Verhandlungsmaxime einzwängen. Ein solches Liquidationsverfahren ist auch durchaus nicht aus dem Stegreif gegriffen oder dem bayerischen Prozesse fremd; es ist nur zu wenig in Uebung und wird seine oft so wohlthätige Vermittelung von der Praxis in den meisten Fällen vernachläßigt. Die Anmerk. zur GO. Kap. XVIII §. 1 lit. f sagen in vollkommener Uebereinstimmung mit dem gemeinen Prozesse: „Bei Generalaktionen, wie auch wo es um Schaden oder fructus perceptos und dergleichen zu thun ist, wird das Quantum in der Definitivsentenz nicht ausgeworfen, sondern auf Liquidation ausgestellt." Jede Klage auf Abgewährung des Pflichttheiles ist aber immer eine Generalaktion, da sie einen seiner Größe nach unbekannten Theil einer Erbschaft als einer universitas juris zum Gegenstande hat. Der oberste Gerichtshof in München hat in einem Erkenntnisse vom 10. Oktober 1853 ausdrücklich das Verfahren eines Untergerichtes gebilligt, welches, um zu einer festen Grundlage über den Erbschaftsbesitz unter einer übermäßigen Zahl von Prätendenten zu gelangen, ein dem Konkurse nachgebildetes Liquidationsverfahren eingeleitet hatte, indem hiedurch dem Wesen eines judicium duplex, wobei jeder Theil Kläger und Beklagter zugleich ist, am nächsten getreten wird. (Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 102 f.) Warum sollte eine solche Analogie mit dem Konkursprozesse nicht auch da eintreten können, wo mehrere Erben, wie dort mehrere Gläubiger, unter sich in einem gleich kollektiven Widerstreite begriffen sind, wie viel jedem einzeln von ihnen nach den hiefür in Mitte liegenden Direktiven gebühre? Die Vorzüge einer solchen Liquidation vor einer gewöhnlichen Beweisauflage geben sich vor allem darin kund, daß hiedurch jeder einzelne Interessent in Punkten, worüber sie ihm gebührt, die Lage des Beweisführers auf sich nehmen muß, daß jeder in

diesem rechtmäßigen Angriffe bezüglich anderer Punkte sich zugleich alle Freiheit einer vollständigen Vertheidigung eröffnet findet, daß die Beweise zugleich mit der Aufstellung und Entfaltung der Ansprüche verbunden und dadurch die weitaussehenden Verhandlungen über Beweislast und Beweisthema, die Zwischenfälle der Editions- und Restitutionsgesuche, gleichwie der ganze verwickelte und mühselige Gang des ordentlichen Beweisverfahrens vermieden werden, daß endlich dem Gerichte nebenbei mit zustehen muß, das Amt eines arbiter familiae erciscundae, den das römische Recht im Sinne hatte, in sich zu vereinigen und gleichwie die Verlassenschaftsbehörde inventirt und Gläubiger zur Anmeldung und zum Nachweise ihrer Forderungen vorladet, ebenso von Amtswegen ergänzende Forschungen anzustellen, welche seiner Aufgabe, den wahren Bestand der zu vertheilenden Erbschaft genau zu umgränzen, einen besseren Vorschub zu leisten im Stande sind. Kommen dabei weit aussehende, noch in der Schwebe befindliche oder zu verwickelte Posten vor, welche ihre Erledigung in diesem summarischen Verfahren nicht so leicht finden mögen, so können die geeigneten Verwahrungen die endgültige Ausgleichung hierüber noch immer einer späteren gerichtlichen Kognition vorbehalten, wie hiezu fr. 12 und 20 §. 4 fam. hercisc. (10, 2) und übereinstimmend damit das bayer. LR. Th. III Kap. 1 §. 14 Nr. 11 bereits die Anleitung gegeben haben und auch die GO. Kap. XIX §. 14 für den Konkurs auf das nämliche Auskunftsmittel hinverweist [1]).

---

[1]) Zwei Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte in Celle v. 1847 und in Cassel v. 1853 geben dem Pflichttheilberechtigten, der sich für verletzt hält, eine eigene präjudizielle Klage auf Inventarisirung des Nachlasses, aushülfsweise auf eine eidliche Spezifika-

Nach vorstehenden Betrachtungen hat wirklich der oberste Gerichtshof in München erst in neuster Zeit einen unter der Herrschaft des bayerischen Landrechtes stehenden Rechtsfall zur Erledigung gebracht. Der Verlauf der Sache war folgender:

Ein Vater von fünf Kindern, von denen drei bereits versorgt und ausgestattet waren, hatte in seinem gerichtlichen Testamente seine jüngste noch bei ihm zu Hause befindliche Tochter in der Art zur Haupterbin eingesetzt, daß sie seinen ganzen Immobiliarbesitz um einen bestimmten sehr billigen Anschlag übernehmen, ihren Geschwistern gewisse Beträge hinauszahlen, und den Ueberschuß jenes Anschlagpreises zu 1200 fl. mit zwei Schwestern theilen, also jeder 400 fl. davon hinausgeben sollte, indem hiedurch jedes seiner Kinder in Ansehung seines Pflichttheiles hinlänglich gedeckt sein würde. Die vier Geschwister erhoben sogleich eine Nullitätsklage gegen das Testa-

---

tion desselben, um nach den Ergebnissen seinen Pflichttheil erst berechnen und sodann mit der Ergänzungsklage hervortreten zu können. Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 35, Bd. VII Nr. 212. Eine besonders angemessene Vorsehung hat hierüber das franz. Recht getroffen. Das Civilgesetzbuch stellt im Art. 922 die Regeln auf, wie in Berechnung des Pflichttheiles zu verfahren und wie derselbe zu ergänzen sei, verordnet auch schon vorher im Art. 823, wenn Streitigkeiten unter den Erben entstehen, könne sie, und in Art. 838, wenn Minderjährige oder Abwesende dabei betheiligt sind, müsse sie gerichtlich geschehen, wo dann das Gericht nach Gutbefinden einen Richter aus seiner Mitte bestellen könne (arbiter fam. ercisc. judicio dandus), um über die streitigen Punkte Vortrag als Grundlage seiner Entscheidung zu erstatten. Die Art. 969 und 976 c. d. proced. bezeichnen sodann näher das entsprechende Verfahren, welches der Sache nach auf eine summarische Erbschaftsliquidation hinausläuft. Vgl. preuß. GO. I, 51 §. 69 f.

ment aus mehreren Gründen, mit der sie aber nach verhandelter Sache ohne Zulassung zu einem Beweise in der letzten Instanz zurückgewiesen wurden. Aushülfsweise hatten sie damit unter Bezug auf das LR. III, 3 §. 15 Nr. 13 eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles, der hier die Hälfte, für jedes also ein Zehntheil der reinen Erbschaft betrug, verbunden. Diese Klage wurde mit verhandelt und dabei von beiden Seiten Vieles über die Größe des Aktiv- und Passivstandes, besonders über die angeblichen Vorempfänge, welche die Kläger nicht anerkennen wollten, vorgebracht. Die erste Instanz wies hierauf die Klage aus formellen Gründen, wegen präjudizieller Eigenschaft des Nullitätspunktes zurück; das k. Appellationsgericht legte dagegen der Beklagten, ihrer Behauptung entsprechend, den Beweis auf, daß der Erblasser durch sein Testament und schon vorher jedem seiner vier übrigen Kinder ein Zehntheil seines Vermögens (als gleichkommend dem Betrage des Pflichttheiles) als Erbbestandtheil zugewendet habe. In den Gründen hiezu war bemerkt, alles Einzelne, was auf die Komputation des Pflichttheiles von Einfluß sei, gehöre in das Beweisverfahren.

Der oberste Gerichtshof dagegen, durch die Revisionsbeschwerde der Beklagten mit der Sache befaßt, fand vor Allem, daß für zwei Schwestern, ihre eigenen Behauptungen über den Bestand der Erbschaft und alle hierauf einfließenden Punkte zu Grund gelegt, deren Pflichttheil gar nicht verletzt sei, und nur bezüglich der dritten Schwester und des einzigen Bruders die Theile in mehreren Stücken darüber unter sich uneins seien, ob ihnen die Nothgebührniß durch das väterliche Testament wirklich gedeckt oder vielmehr geschmälert sei. Derselbe erkannte demzufolge zu Recht: ..... „2) Die Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles sei auf Seite der Mitkläge-

rinnen A. und B. zurückzuweisen; 3) dagegen sei die Beklagte N. zwar verbunden, ihrer Schwester C. das bereits vom verlebten Vater erhaltene, und ebenso ihrem Bruder D. die ihm zugewendeten 1000 fl. jedenfalls bis zum Belaufe von ein Zehntheil der ganzen väterlichen Erbschaft mit Einrechnung der allseitigen erweislichen Vorempfänge zu ergänzen; 4) die Ermittelung, ob eine solche Ergänzung noch erforderlich sei und bis zu welchem Betrage, sei jedoch zur besonderen summarischen Liquidation im Wege der förmlichen Erbtheilung zu verweisen."

In den Entscheidungsgründen wurde hierüber folgendes bemerkt:

„Die Gegenbeweisauflage des k. Appellationsgerichtes ist beschwerend für die Beklagte: einestheils weil sie die Abgewährung des Pflichttheiles auch für ihre Schwestern A. und B. beweisen soll, die sich doch, ihre eigenen Angaben und Zugeständnisse zu Grund gelegt, über eine Verletzung des Pflichttheiles gar nicht beschweren können; anderntheils auch darum, weil jener Beweis, wenn mißglückt, zu nichts führt als dahin, daß die Beklagte, was sie gar nicht verkennt, verbunden sei, ihren Geschwistern C. und D. den Pflichttheil zu ergänzen, man aber dann immer noch nicht wüßte, wie viel sie denselben noch darauf zu bezahlen hätte. Bei Streitigkeiten über den Pflichttheil kann die Frage, ob derselbe überhaupt gedeckt sei, von der Größe desselben und der vollständigen Erbtheilung nicht abgesondert werden; das Beweisthema des k. Appellationsgerichtes dagegen ist zu überladen und selbst verwirrend, weil es zahlreiche Elemente von verschiedener Beschaffenheit umfaßt, aus deren allmähliger Ermittelung auf andere Weise sich erst ein Aufbau der reinen Erbschaft und eine Berechnung des Pflichttheiles als möglich ergibt, insbesondere die ganze Aufstellung des Aktivstandes, wofür die Inventur —, des Passivstandes, wofür die Gläubigervorladung und Liquidation —, der Vorempfänge einzelner Erben, wofür die Aufzeichnungen des Erblassers und andere Behelfe die normalen und schnell-förderlichen Mittel der Ergründung

darbieten. Vielmehr erscheint für die Entwirrung einer verwickelten Erbtheilung, wobei zahlreiche und illiquide Passiven, zweifelhafte Aktiven, bestrittene Konferendposten in Frage kommen, die Beweisauflage nicht als der geeignete Weg, um zu ermitteln, wie viel jedem Interessenten gebühre, sondern es ist der Weg einer summarischen Liquidation im Sinne der Anm. z. GO. Kap. XVIII §. 1 lit. f für Generalaktionen, als der weit einfachere, der gewöhnlichen Auseinandersetzung einer Verlassenschaft vorzuziehen, wobei jeder Theil die Belege sogleich mit seiner Aufstellung zu verbinden hat, und erst nach dem Ergebnisse aller Ab- und Aufrechnungen sich ein Schluß ziehen läßt, wie groß die ganze zu vertheilende Masse sei, wie viel auf den Einzelnen hievon treffe und wie hoch sich der ihm auszuzeigende Pflichttheil berechne. Aus Anlaß der dritten Revisionsbeschwerde der Beklagten — war daher .... die beschwerende Beweisauflage für die Beklagte vielmehr blos in die Auflage einer weit besser und sicherer zum Ziele führenden summarischen Liquidation der noch streitigen Passiven und Konferendposten mit ihren Geschwistern C. und D. umzuwandeln."

OAGE. v. 22. Okt. 1855 in Sachen: Schuster g. Schuster. — RNr. $939^{53}/_{54}$.

****.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eventuelle Berufung, einer Remonstration beigefügt.

Vgl. Bd. XVI S. 30.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Das Dekret des Untergerichts vom 19. Dez. 1854, wodurch der Ehefrau G. eine Frist von 24 Stunden zur Fortbringung der ihr gehörigen Gegenstände aus dem Hause vorgesetzt wurde, — war

ohne vorgängige Vernehmung derselben auf den Antrag ihres Ehemannes erlassen worden. Wegen Zurücknahme dieses Dekretes hat sich die Imploratin rechtzeitig am 23. Dez. 1854 mit Remonstration an den ersten Richter gewendet, welcher unter den 5. Januar 1855 jenem Dekrete inhärirt hat. Dem Wortlaute des §. 55 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 hätte es nun allerdings entsprochen, daß jetzt erst Berufung an den höheren Richter eingelegt worden wäre, indem gegen Beschlüsse, welche auf den Antrag eines Betheiligten ergangen sind, Berufung von Seiten des anderen Theils nicht stattfindet, und das Rechtsmittel erst, wenn die dagegen eingebrachte Remonstration fruchtlos geblieben ist, eingewendet werden soll. Es hieße jedoch einem dem Geiste der bayerischen Prozeßgesetzgebung nicht entsprechenden Formalismus huldigen, wenn man eine Berufung, welche, — in der Voraussicht des Beharrens des Unterrichters bei seiner Entscheidung, — sogleich eventuell mit der Remonstration verbunden wird, als nicht geschehen betrachten, und wegen unterlassener Wiederholung des Rechtsmittels nach der Erlassung der unterrichterlichen Inhäsive die Berufung als desert erkennen wollte. Das Wesentliche der angeführten gesetzlichen Bestimmung liegt nicht in der Form, sondern in der Festsetzung der Zuständigkeit der beiden Instanzen und der Unzuläßigkeit der Umgehung des Unterrichters, so lange bei diesem die Zurücknahme der gravirlichen Entscheidung erwirkt werden kann. Wenn auch im Allgemeinen eine eventuelle Berufung vor der Erlassung der unterrichterlichen Entscheidung nicht Platz greifen kann, weil es derselben an einem bestimmten Gegenstande fehlt, so ist ein solcher hier durch die bereits erfolgte, wiewohl der Zurücknahme unterworfene Verfügung gegeben; sie erlangt volle Wirksamkeit, wenn der vorausgesehene Erfolg der unterrichterlichen Inhäsive einge-

treten ist. Ebenso ist auch die Bezugnahme der Berufung auf die in der Remonstration enthaltene Ausführung allerdings nicht streng formgerecht; im Wesentlichen muß es aber für gleichgeltend betrachtet werden, ob die Begründung des Rechtsmittels dem Obergerichte in der Berufungsschrift oder in einem zu gleicher Zeit in Vorlage kommenden Aktenstücke vorgetragen ist. . . . . .

OAGE. v. 18. Mai 1855. Nr. $941^{54}/_{55}$.

2.

Erbschaftlicher Besitzstreit. Einmischung der Käufer von Erbschaftstheilen.

In der aus Bd. XIX S. 102 f. und Bd. XX S. 381 ersichtlichen Rechtssache hatten mehrere (im Possessorium obsiegende) Prätendenten die von ihnen in Anspruch genommenen Erbschaftsantheile an W. und Genossen verkauft. Diese Käufer waren auf die ergangene Ediktalladung mit den ihnen abgetretenen Ansprüchen aufgetreten, jedoch zunächst ohne Erfolg, indem in erster und zweiter Instanz erkannt wurde: den Zessionarien bleibe überlassen, ihre Ansprüche gegen die Zedenten im Civilrechtswege geltend zu machen. Auch der oberste Gerichtshof ließ es bezüglich der Geltendmachung der Rechte aus der fraglichen Zession bei der Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg, fügte aber die Verordnung bei: Die auf die 4 Zedenten fallenden Antheile seien vorläufig in gerichtlicher Verwahrung und Verwaltung zu Gunsten der Zessionare zurückzubehalten. Gründe:

Beide Vorinstanzen stützen ihren zurückweisenden Ausspruch auf den Satz, dem Zessionar oder Käufer stehe nicht zu, sich in den vorliegenden Streit über den Besitz der Erbschaft einzumischen, die Zessionare müßten also hier nur ihre Zedenten walten

lassen, wonach es dem W. an aller Legitimation zur Anmeldung von Erbrechten und zur Beschwerdeführung fehle. Diese Ansicht ist indessen nicht haltbar.

1) Dem Käufer einer Erbschaft wie jedem Zessionar stehen in der Regel alle possessorischen und petitorischen Rechtsmittel zu, deren sich sein Rechtsvorfahrer, Verkäufer oder Zedent, selbst hätte bedienen können; er kann sogar auf Erbtheilung klagen und sich an dem Betriebe der letzteren selbst betheiligen.

C. 5, 9 de hered. vel act. vend. (4, 39).

2) Daß ein nur bedingt ein- oder nachgesetzter Erbe die bonorum possessio, um die es sich hier handelt [1]), agnoszíren könne, ist außer Zweifel.

Fr. 2 §§. 3, 4, fr. 5, 6, 10 de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

Der Eintritt der Bedingung ist aber in solchen Fällen auf den Anfang ihres Schwebens zurückzubeziehen.

Fr. 54 de acquir. hered. (29, 2); fr. 75 de condit. et demonstr. (35, 1).

3) Die Erbschaft selbst war im vorliegenden Falle seit dem Tode der Erblasserin eine gewisse Sache und nur der Eintritt der Bedingung für die substituirten Erben noch unsicher; es konnten daher auch im J. 1833 (vor der Entscheidung über den Eintritt der Bedingung) Verabredungen über die künftige Erbtheilung gepflogen werden.

Fr. 12 §. 2 fam. ercisc. (10, 2).

Ein aleatorischer und zu nichts verpflichtender Vertrag würde nur dann vorliegen, wenn das Dasein einer Erbschaft sich überhaupt gar nicht bewährt hätte.

---

[1]) Es handelte sich nämlich von Ansprüchen aus einer testamentarischen Substitution.

Fr. 7 de hered. vel act. vend. (18, 4).

4) Wenn gleich das römische Recht den Verkauf eines noch von Bedingungen abhängenden Erbrechts wegen der daraus erwachsenden Unsicherheit mit mißliebigen Augen ansieht und davon abräth, so blieb derselbe dennoch erlaubt, und soll nur für den Fall ohne Wirkung sein, wenn durch die Erfüllung einer Bedingung die verkaufte Erbschaft dem Verkäufer selbst später wieder aus den Händen fiele.

C. 3 § 3 commun. de legat. (6, 43) . . . . „melius quidem faciet, si et in his casibus caveat ab omni venditione; . . . . . §. 4 ibid.: bonae fidei emtoribus integra jura et nullo modo ex hac constitutione diminuta contra venditores habentibus;“

vgl. fr. 19 de hered. et act. vend. (18, 4): . . . . . „posteriore (casu) statim venditionem consistere.“

. . . . . .

5) Jedenfalls konnten sich die Zessionare nach GO. Kap. VIII §. 4 Nr. 3 als accessorische Intervenienten auch an der Frage über den Besitz der Erbschaft betheiligen; . . . . als Nebenbetheiligten steht ihnen nach Kap. XV §. 2 auch das Recht der selbstständigen Berufung für ihre Vormänner zu. . . . .

6) Der Streit über die Gültigkeit und die Wirkungen der Zession konnte freilich in diesem summarischen Besitzstreite nicht mit zur Erledigung gebracht werden, zumal die Zedenten nicht geladen und veranlaßt waren, sich darüber zu erklären, auch weitere Verhandlungen in dieser Richtung nicht gepflogen sind; . . . . . darum konnte auch die Beschwerde der Zessionare darüber, daß nicht die Herausgabe der treffenden Erbtheile verfügt worden,

keinen Erfolg haben. Wohl aber war deren eventueller Antrag, auf Sequestration der fraglichen Erbtheile gerichtet, im Hinblick auf die vorliegende noch durch keine Einwendung beanstandete Original-Zessionsurkunde als sachgemäß zu achten. Nach C. 4 de hered. vel act. vend. (4, 39) scheint in vorliegendem Falle allerdings eine Rezissionsklage in Aussicht zu stehen, über deren Erfolg sich vor gepflogener Verhandlung kein Urtheil fällen läßt. Bis dahin muß also jedem von beiden im Konflikte befindlichen Interessenten, deren sich keiner im Besitze befindet, Verkäufer wie Käufer, unbenommen bleiben, das streitige Erbrecht zu verfolgen; nam suo quoque jure eorum persecutionem habet. Bis eben dieser Umstand beseitigt ist, kann nach dem Grundsatz der Litispendenz an dem bisherigen Zustande nichts geändert werden, weil die Sequestration und gerichtliche Verwaltung bereits besteht, nach GO. Kap. VIII §. 7 also nur desto mehr eine rechtserhebliche Ursache vorliegt, dieselbe fortzusetzen; wobei noch §. 8 Nr. 3 der Nov. von 1819 in analoge Betrachtung kommt, ... indem jeder von beiden Theilen ein wohlbegründetes Interesse hat, die schon bestehende Sicherheit bis zum endlichen Ausgange dieser Nachklagen fortbestehen zu sehen. . . .

OAGE. v. 14. Juli 1855. Nr. $559^{54}/_{55}$.

****.

3.

Verfügung der Gutsschätzung im Exekutionsverfahren. Erfordert dieselbe Kollegialberathung?

Die gegen ein Dekret der bezeichneten Kategorie wegen Mangels der Kollegialberathung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde für unbegründet erachtet. In den Motiven kommt vor:

Das erstrichterliche Dekret vom 7. Mai 1849,

welches der Beklagte in zweiter Instanz als nichtig wegen Mangels der kollegialen Berathung angefochten hat, war nur ein prozeßleitendes, welches vom Einzelrichter gültig erlassen werden konnte; denn

1) es wurde auf den einseitigen Antrag des Klägers ohne vorausgegangene Verhandlung darüber, ob und in welcher Art die Exekution stattfinden soll, erlassen, hat also auch darüber nichts entschieden, noch entscheiden können oder wollen. Es hat auch

2) nicht wirklich ausgesprochen, daß nun die Immobiliarexekution durch Anwesensverkauf sogleich eintreten soll, sondern durch die Anordnung der Anwesens-Schätzung und durch die Aufforderung an die Parteien, ein öffentliches Blatt zur Ausschreibung des Verkaufes zu benennen, nur eine vorbereitende Verfügung getroffen, welche zwar erwarten ließ, daß der Richter alsbald zur wirklichen Immobiliarexekution schreiten werde, eine solche Verfügung aber nicht nothwendig zur unmittelbaren Folge haben mußte; jedenfalls hätte diese noch besonders erlassen werden müssen, wobei die kollegiale Berathung noch stattfinden konnte.

3) Wenn in jenem Dekrete die Einleitung der Exekution durch Anwesens-Verkauf wirklich ausgesprochen worden wäre, so lag es dem Beklagten ob, dagegen zu remonstriren, damit es abgeändert werde, oder doch nicht in Rechtskraft erwachsen könne, und erst dann, wenn ein Inhäsivdekret erfolgte, konnte er gegen dieses Beschwerde führen.....

OAGE. v. 20. Nov. 1849. Nr. $33^{49}/_{50}$.

4.

Klage auf Herausgabe des Errungenschaftsantheils nach erfolgter Ehetrennung: Schweinfurter Stadtrecht.

Nach erfolgter Ehescheidung klagte die G.'sche

Ehefrau gegen den geschiedenen Mann auf Herausgabe des ihr zukommenden Errungenschaftsantheils. In erster und zweiter Instanz wurde die Klage, als zu allgemein und mangelhaft substanziirt, in der angebrachten Art abgewiesen. Von Seite des obersten Gerichtshofs erfolgte der Ausspruch: Der Beklagte sei schuldig, über die in der Ehe mit der Klägerin erzielte Errungenschaft Rechnung abzulegen. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Die GO. stellt in Kap. IV §. 7 Nr. 2—5 als Erforderniß jeder Klage auf, daß die Geschichte mit Anführung aller erforderlichen Umstände vorgetragen, nach Beschaffenheit der Klage der Grund, worauf dieselbe hauptsächlich beruht (causa petendi et medium concludendi) angeführt werde, und daß aus dem Petitum ermessen werden könne, was, wieviel und von welcher Gattung die eingeklagte Sache sei. Als Ausnahme werden in der Anmerkung hiezu lit. d die actiones generales et universales, z. B. Erbschafts-, Vormundschafts-, Societäts-, Administrations- und dergleichen Klagen aufgeführt. Diese Beschränkung geht aus der eigenthümlichen Natur der angeführten Klagen und des ihnen zu Grunde liegenden rechtlichen Verhältnisses mit Nothwendigkeit hervor. Sie sind nicht auf bestimmte einzelne Objekte gerichtet, deren nähere Angabe in sehr vielen Fällen dem Kläger rein unmöglich wäre, namentlich alsdann, wenn der Beklagte ausschließlich die Verwaltung des Vermögens geführt hat, über welche er Rechnung zu legen verpflichtet ist. Der historische Grund einer solchen Klage besteht vielmehr lediglich darin, daß der Beklagte, als Vormund oder Administrator ein fremdes oder als geschäftsführender Genosse ein gemeinschaftliches Vermögen verwaltet habe; das medium concludendi bildet die hiedurch begründete Verpflichtung zur Rechnungsstellung und Heraus-

gabe des sich aus der Rechnungsverhandlung für den Kläger ergebenden Guthabens.

In vorliegendem Falle wird die Klage darauf gegründet: daß die zwischen den Parteien bestandene Ehe durch die ehegerichtlichen Erkenntnisse vom 13. März und 22. Nov. 1852 dem Bande nach getrennt worden, wonach das Vermögen derselben gleichfalls getrennt, und die Errungenschaft, welche der Beklagte in Händen habe, zur Hälfte der Klägerin zugefallen sei. Aus den Klagebeilagen geht außerdem die langjährige Dauer dieser Ehe bis zur gerichtlichen Trennung derselben hervor. Daß zwischen den Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft zu gleichen Hälften bestanden habe [1]), steht durch die Bestimmungen des Schweinfurter Statutarrechts fest. Hiedurch erscheint die Klage genugsam begründet, und es kann der Klägerin nicht zugemuthet werden, über den Bestand der zu theilenden Errungenschaft irgend nähere Angaben zu machen. Sie besitzt hiezu nach der Sachlage offenbar die erforderliche Kenntniß der Resultate der vom Beklagten geführten Vermögensverwaltung nicht, da aus den angeführten Erkenntnissen erhellt, daß die Parteien schon seit 1838 in völliger faktischer Absonderung lebten. Daß es aber für die Verpflichtung des Beklagten, über die von ihm geführte Verwaltung Rechnung zu legen, an einem Objekte nicht fehle, ist dadurch zwischen den Parteien außer Zweifel gestellt, daß der Beklagte aktenmäßig anerkannt hat, von der Klägerin seien außer 3 Grundstücken 13,271 fl. (größtentheils in Ausständen) in die Ehe gebracht worden. . . . . Der Ertrag des eigenen Vermögens aber, so wie das, was die Eheleute durch ihre Handarbeit, Handthierung oder sonst gewinnen, ist beiden Eheleuten gemein, und was davon zur Zeit der

---

[1]) Von einer kinderlosen Ehe handelte es sich.

Theilung noch vorhanden, gehört denselben zu gleichen Hälften [2]). . . . . Die Klage auf Liquidstellung und Theilung der Errungenschaft erscheint hienach vollkommen begründet, und der gestellte Antrag geht nur in so ferne zu weit, als derselbe jetzt schon auf Herausgabe des der Klägerin zukommenden Antheils gerichtet ist, weil sich erst aus der Liquidationsverhandlung ergeben muß, ob ein zu theilender Ueberschuß vorhanden ist, in welcher Beziehung jedem Theile die seiner Zeit zu stellenden Anträge vorbehalten bleiben mußten.

OAGE. v. 29. Nov. 1854. Nr. $930^{53}/_{54}$

5.

Clausula rebus sic stantibus.

Preuß. LR. I, 5 §§. 377, 378 vgl. mit I, 16 §§. 15, 16.

Bei Aufhebung des Vertrags wegen veränderter Umstände ist bezüglich der Frage, ob solche Umstände obwalten, lediglich auf den Zeitpunkt Rücksicht zu nehmen, in welchem der Vertrag zu erfüllen, ob also zu dieser Zeit diejenige Veränderung eingetreten war, welche die Erreichung des beim Abschlusse des Vertrags vorgewalteten Endzwecks unmöglich macht. Veränderte Verhältnisse, welche sich später ereignen, kommen in so weit nicht in Betracht.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 23. Nov. 1853. Entsch. d. OT. Bd. 26 S. 236.

---

[2]) Bezugnahme auf Schweinfurter Stadtrecht Sect. III Tit. 17 §. 13, Sect. V. Tit. 52 §. 11, Sect. VII Tit. 61 §. 2—4 und Tit. 62 §. 2, 3.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 1. März 1856. 21. Jahrgang. № 5.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Verbindlichkeit ein Zeugniß abzulegen. Ausnahme in Ansehung naher Verwandten. — Zuschlag des ohne Erfolg versteigerten Gutes an den Gläubiger. — Beweiskraft des Strafurtheiles für den nachfolgenden Civilprozeß. — Unzulässige Verbindung sich widersprechender Einreden. — **Exceptio non numeratae pecuniae.** Wiederholtes Schuldbekenntniß. Hypothekenprotokoll und Hypothekenbrief. — Uebereinkommen zur Abwendung eingeleiteter Exekution. Dessen Gültigkeit bei Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens in Frage gestellt. Ist der Bescheid über diesen Inzidentpunkt als im Exekutionsverfahren ergangen zu betrachten? — Zur Erläuterung des §. 55 der Prozeßnovelle von 1837. — Kompensation. Illiquide Gegenforderung. — Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag.

Verbindlichkeit, ein Zeugniß abzulegen. Ausnahme in Ansehung naher Verwandten.

Regel ist, daß sich Jedermann auf Verlangen einer Partei als Zeuge vernehmen lassen muß. Unsere Gerichtsordnung bestimmt in Kap. 10 §. 8:

„Wer sich ohne rechtserhebliche Ursache der Zeugschaftsleistung weigert, soll allenfalls mit Gefängniß, geringer Nahrung oder Geldstrafe dazu angehalten, auch in die durch seine Widerspenstigkeit verursachten Kosten kondemnirt werden."

Zur Erläuterung der Worte „ohne rechtserhebliche Ursache" äußert Kreittmayr in den Anmerk. lit. a:

„Eine rechtserhebliche Ursache, das Zeugniß zu verweigern, ist z. E. offenbare Untüchtigkeit, Anverwandtschaft oder besondere Pflicht..... Wegen naher Anverwandtschaft oder besonderer Pflicht sind erstlich entschuldigt: Eltern in Sachen ihre Kinder betreffend, et vicis-

sim. . . . Zweitens Blutsverwandte oder Verschwägerte in causis ihrer Anverwandten oder Verschwägerten, und zwar de jure communi bei jenen bis in den 7ten Grad [1]), bei diesen aber, so weit eine Parentel vorhanden ist. — Drittens Eheleute und Eheverlobte. . . . .

Kreittmayr erwähnt zwar die Ausdehnung der für Anverwandte bestehenden Ausnahme „bis in den 7ten Grad" nur als eine gemeinrechtlich geltende, und diese Modalität der Erwähnung kommt in den Anmerkungen häufig in solcher Beziehung vor, daß damit eine Abweichung von dem, was in Betreff derselben Frage bayerischen Rechtens ist, ausgedrückt werden will. Aber einer von dem gemeinen abweichenden Norm des bayerischen Rechtes wird dabei nicht gedacht, und demzufolge ist der allgemeine Grundsatz, nach welchem unbestimmte oder lückenhafte Bestimmungen der Gerichtsordnung aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen sind, hier in Anwendung zu bringen.

Durch die Bezugnahme auf das gemeine Recht ist man veranlaßt, auch auf die Beschränkungen Rücksicht zu nehmen, welchen die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis die fraglichen Ausnahmen (für Eltern und Kinder, Blutsverwandte bis zum 7ten Grade, Stief- und Schwiegereltern oder Kinder) von der Zeugnißverbindlichkeit unterwirft. In Kreittmayr's Anmerk. lit. a ist unter anderen spec. 283 von Leyser med. ad Pand. benützt. In der medit. 27 dieses spec. äußert Leyser:

„In legibus 4 et 5 de testibus, item 10 de gradibus personis arctissime cum

[1]) Vgl. fr. 4 de testibus (21, 5) mit C. 16, 19 eod. (4, 20). Das Fragment spricht blos von Zeugen in Kriminalsachen; aus den Konstitutionen (davon erstere unglossirt) erhellt die Ausdehnung der Geltung auf Civilsachen.

eo, contra quem evocantur, conjunctis, necessitas testimonii ferendi remittitur: cujus remissionis ratio est, ne vel concordia inter istiusmodi personas amorque mutuus contrario testimonio turbetur, vel conservandi ejus studium testem in mendacium et perjurium inducat. Sed hic iterum suetam limitationem suam, nisi veritas aliter haberi nequeat, infarciunt Doctores, quae quidem ex cap. 2 et ult. X de testibus cogendis, ad quae vulgo provocant, non probatur, sed tamen in praxi recepta est..... Addunt adhuc aliam limitationem commentatores, Martini in processu lit. 20 §. 2 Nr. 139 et Bergerus in elect. Discept. tor. tit. 22 pag. 714, si testis utramque partem aequali necessitudine contingat, secundum quam mense Septembri anni 1734 matrem in lite, quae inter liberos ejus vertebatur, coegimus [2]), ut testimonium pro filia contra filium, cui magis favere videbatur, perhiberet."

Uebereinstimmend äußert sich der gleichfalls von Kreittmayr häufig (auch in obiger Anm. lit. a) in Bezug genommene Seyfart (deutscher Reichsprozeß Kap. XIII S. 204), wie folgt.

„In praxi wird deren naher Anverwandten Zeugniß erlaubet [3]) in probatione consan-

---

[2]) Von einem Urtheilsspruche der Helmstädter Juristenfakultät ist die Rede.

[3]) Nach diesem Ausdruck könnte man dafürhalten, es handle sich hier von der Zulässigkeit der fraglichen Zeugen, nicht von deren Weigerungsbefugniß. Aber der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden macht es gleichwohl unzweifelhaft, daß von der Weigerungsbefugniß die Rede sei.

guinitatis, nativitatis, in causa matrimoniali, in casu si testes utrique litiganti pari gradu sunt conjuncti, et si veritas aliter haberi nequeat.“

Eben so Hellfeld jurispr. for. ad h. tit. §. 1906:

„Ad testimonium dicendum compelli nequeunt — 3. Parentes et liberi, conjuges, socer et gener, ut et fratres sororesve adversus se invicem. Quos tamen cogi posse, statuit praxis, si utrique litiganti aequali gradu sint conjuncti, vel aliter veritas haberi nequeat.“

Dieser älteren Doktrin und Praxis ist auch der Kommentar über die Gerichtsordnung (Bd. III zu Kap. X §. 8 Note 2) gefolgt, indem er Beschränkungen der fraglichen Ausnahmen angenommen hat, nicht bloß für Fälle, wo es auf die in den Familien vorgekommenen Geburten, Verheirathungen, Sterbfälle und Ehestreitigkeiten ankommt, und die Wahrheit auf andere Art nicht erhoben werden kann, sondern auch für den Fall, wenn das Verwandtschaftsverhältniß auf beiden Seiten gleich ist. In einer Berichtigung zur zweiten Auflage [4]) wurde diese letztere Beschränkung für unstatthaft erklärt, aus folgenden Gründen [5]).

Abgesehen davon, daß eine solche Beschränkung der gesetzlichen Ausnahme keine Gesetzstelle für sich hat, so kann sie auch nach der Absicht und dem Zwecke des Gesetzes nicht für zulässig erachtet werden, vielmehr muß man die Entschuldigung des Zeugen um so gewisser zulassen, wenn er nicht bloß

---

[4]) S. den Umschlag zur Lieferung 1 des Bd. III (letzte Seite.)

[5]) Vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck v. 14. Mai 1840 (Hamburger Sammlung N. F. Bd. I S. 207 f.)

mit dem Produkten, sondern auch mit dem Produzenten in demselben zur Zeugnißverweigerung berechtigenden Grade verwandt ist. Denn der Grund, weshalb solche Verwandte von der allgemeinen Verpflichtung, vor Gericht als Zeugen aufzutreten, dispensirt werden, sofern sie sich nicht freiwillig dazu entschließen, besteht darin, daß sie mit dem Familiengliede, gegen welches sie zeugen sollen, durch ihre Aussage in ein unangenehmes Verhältniß gerathen würden. Dieser Grund tritt eben dann ganz unfehlbar ein, wenn der Zeuge mit beiden streitenden Theilen in gleichem Grade verwandt ist, weil sein Zeugniß in diesem Falle nothwendig dem einen oder dem andern zum Nachtheil gereichen muß.

Offenbar ist auch die hier geprüfte Beschränkung nur entstanden aus einer Verwechselung der Frage, ob ein nahe verwandter Zeuge sich entschuldigen könne, mit der davon ganz verschiedenen Frage, ob ein naher Verwandter des Produzenten als zulässiger Zeuge anzusehen, oder ob der Produkt die Zulassung eines solchen Zeugen zu widersprechen befugt sei? Bei dieser letzteren Frage wird die Sache freilich dadurch verändert, daß der Zeuge mit dem Produkten eben so nah verwandt ist, als mit dem Produzenten, weil dies Verhältniß in der Regel die sonst eintretende Besorgniß der Parteilichkeit des Zeugen wieder aufhebt.

Arg. fr. 67 §. 1 de ritu nupt. (23, 2).

Da nun aber die eigene Weigerung des Zeugen auf einem ganz anderen Fundamente beruht, und durch dessen gleich nahe Verwandtschaft, mit beiden Theilen sogar noch verstärkt wird, so kann dies Verhältniß nicht dahin führen, den Zeugen gegen seinen Willen zur Ablegung des verlangten Zeugnisses schuldig zu erkennen.

Dazu kommt, anlangend das bayerische Pro-

zeßrecht, der Umstand, daß in Kreittmayr's Anmerkungen nur die eine Beschränkung für Fälle, wenn bei Streitigkeiten über Familiensachen die Wahrheit auf andre Weise nicht zu erholen ist, erwähnt wird, nicht aber die andere für den Fall gleich naher Verwandtschaft des Zeugen mit beiden Parteien. Diese Uebergehung erscheint um so bedeutsamer, wenn man erwägt, daß dem Kommentator, wie aus den Allegaten der Anmerk. lit a. erhellt, diejenigen Schriften, in welchen auch die zweite Beschränkung anerkannt wird, vor Augen lagen.

Auch die neueren Schriftsteller über gemeinrechtlichen Civilprozeß kennen diese zweite Beschränkung nicht.

Zuschlag des ohne Erfolg versteigerten Gutes an den Gläubiger.

Der §. 99 der Novelle vom 17. November 1837 bestimmt, daß bei der zweiten Versteigerung eines Immobile der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth erfolge.

Der §. 100 setzt fest, daß wenn am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot erfolge, das Gut dem Gläubiger um die Taxe zugeschlagen werde, soferne er es übernehmen wolle. Hiezu macht Seuffert in seinem Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung Bd. 4 S. 278 Note 58 die Bemerkung:

„Der Gläubiger kann sich dadurch, daß er selbst bietet, den Zuschlag unter der Taxe nicht verschaffen."

Diese kurz hingeworfene Bemerkung wird im Kommentare selbst nicht weiter motivirt, dagegen wird in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XII S. 77 u. ff. eine solche Motivirung versucht.

Vorerst wird hier erläutert, daß sich obige Aeußerung, — daß der Gläubiger dadurch daß er selbst bietet, sich den Zuschlag unter der Taxe nicht verschaffen könne, — nicht auf den Fall beziehe, wenn in der zweiten Versteigerung auch ein Dritter ein Angebot, der Gläubiger aber das Meistgebot gelegt habe, also eine Konkurrenz von Steigerungslustigen vorhanden ist.

Dagegen wird daran festgehalten, daß aus dem Gegensatze in den Gesetzesworten:

„Erfolgt am zweiten Versteigerungstage kein Angebot, so wird das Gut dem Gläubiger" ꝛc.

sich ergebe, daß unter dem „kein Angebot" nur das Angebot eines Dritten verstanden werde.

Es wird sich in diesem Aufsatze auf ein Erkenntniß des königlichen Appellationsgerichts von Oberbayern vom 27. Mai 1843 bezogen, welches obige Ansicht adoptirt habe.

Es möge nun gestaltet sein, gegen die fragliche Ansicht des Kommentars einige Bemerkungen vorzutragen.

Ich glaube nämlich nicht, daß obiger Gegensatz der Gesetzesworte den Sinn habe, daß das Angebot von einem Dritten gelegt sein müsse. Denn wenn bei der zweiten Versteigerung auch nur allein der Gläubiger ein Angebot gelegt hat, so ist ja nicht mehr die Voraussetzung des §. 100, sondern nur mehr die des §. 99 gegeben, d. h. es wird das Gut nicht mehr um die Taxe, sondern um das Meistgebot zugeschlagen. Es existirt keine Gesetzesvorschrift, welche den Satz ausspricht, daß sich der Gläubiger dadurch, daß er selbst bietet, den Zuschlag unter der Taxe nicht verschaffen könne. In dem allegirten Aufsatze in den Blättern für Rechtsanwendung ist zugegeben, daß sich der Gläubiger den Zuschlag unter der Taxe durch eine un-

redliche Machination verschaffen könne, indem er statt seiner von einem Anderen ein niedriges Angebot legen läßt. Allein die Leichtigkeit doloser Umgehung einer Gesetzesvorschrift liefere keinen Grund, die Anwendung derselben auf Fälle auszuschließen, welche nach richtiger Auslegung darunter passen.

Dieser Satz läßt sich nun auch umkehren, indem man sagt: Die Möglichkeit eines Mißbrauchs der Steigerungsbefugniß gibt keinen Grund ab, den Gläubiger von diesem Rechte auszuschließen. Der §. 99 unterscheidet nicht, ob das Angebot von einem Dritten, oder von dem Gläubiger gelegt wurde. Es würde gegen den obersten Grundsatz von der Gleichheit vor dem Gesetze verstoßen, wenn gerade der Gläubiger sich den Zuschlag unter der Taxe um das von ihm vereinzelt d. h. ohne Konkurrenz anderer Steigerungslustiger gelegte Angebot (von einem Meistgebot kann hier nicht gesprochen werden) nicht sollte verschaffen können, während dieß einem dritten Unbetheiligten gestattet ist.

Es läge in einer solchen Bestimmung unverkennbar eine Härte gegen den Gläubiger gegenüber dem dritten Unbetheiligten, da es sich bei Letzterem gewöhnlich um einen beabsichteten Gewinn handelt, während der Gläubiger in der Regel nur einen ihm drohenden Schaden abzuwenden sucht. Wenn also ein unbetheiligter Dritter am zweiten Versteigerungstermine das Recht hat, auf dem Zuschlag unter dem Schätzungswerthe zu bestehen, so ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen gerade dem Gläubiger diese Befugniß verkümmert werden soll.

Nach dieser eben entwickelten Ansicht hat auch das königliche Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg in einem Erkenntnisse vom 14. Dezember 1852 in Sachen der Leihkasse Giengen gegen Matthias Wachter entschieden.

Advokat Fleißner.

Nachschrift des Herausgebers. Der Gläubiger ist es, welcher die Zwangsversteigerung durch seine Ausklagung des Schuldners veranlaßt hat, und etwa auch zu dieser Einschreitung einen für die Konkurrenz ungünstigen, für die Erzielung wohlfeilen Kaufs günstigen Zeitpunkt wählen konnte. Hierin liegt eine bedeutsame Verschiedenheit zwischen seiner und der Stellung eines dritten Kaufliebhabers. In Bezug auf die Gelegenheit, den Gegenstand der Versteigerung um einen unter dem wahren Werth bleibenden Preis zu erwerben, mag es sich auch für den Gläubiger häufig um „beabsichteten Gewinn" handeln; indem man nicht als Regel annehmen kann, daß der Zuschlag um die Taxe den Gläubiger in Schaden bringe. Dem Hypothekgläubiger steht ohnehin noch das Einlösungsrecht nach §. 64 des HG. zur Seite. Uebrigens hat die Ansicht des Kommentars allerdings keine ausdrückliche Bestimmung für sich, wohl aber den Zusammenhang der betreffenden Stellen. Das öffentliche Ausschreiben der Versteigerung, mit dessen Erwähnung der §. 99 schließt, ist bestimmt, dritte Personen zu Angeboten zu veranlassen. Unmittelbar an diese Erwähnung anknüpfend heißt es nun im §. 100:

„Erfolgt am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot,

d. h. hat die zur Herbeiziehung dritter Kaufliebhaber bestimmte Ankündigung der Versteigerung keinen Erfolg,

so wird das Gut dem Gläubiger um die Taxe zugeschlagen, so ferne er es übernehmen will.

Noch mag bemerkt werden, daß auch nach gemeinem Rechte (Nov. 4 cap. 3), in Ermangelung von Käufern der Sachen des Schuldners, die Hin-

gabe an den Gläubiger anstatt der Zahlung um einen gerichtlich ausgemittelten Schätzungswerth geschieht.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Beweiskraft des Strafurtheiles für den nachfolgenden Civilprozeß; — unzuläßige Verbindung sich widersprechender Einreden.

(Zu Bd. XVIII S. 183; Bd. XIX S. 363 und Ergänz. Bl. S. 124.)

Ein neunzehnjähriges Bauernmädchen war mit dem fünf Jahre älteren Sohne ihres Nachbarn wegen Schüttelns eines Birnbaumes, der auf der Gränze ihrer beiden Gärten stand, in Streit gerathen und hatte ihm hiebei mit ihrem Schnappmesser einen Stich in die Seite versetzt, welcher ihn auf acht Tage zu aller Arbeit untauglich machte. Sie wurde deshalb vor Gericht gestellt und ihrer Ausrede unerachtet, sie habe sich nur wehren müssen, zu vierzehntägigem geschärften Gefängnisse verurtheilt, was sie auch erstand.

Als nun der Verwundete wider sie eine Civilklage wegen Realinjurien erhob, widersprach ihr Anwalt den ganzen Vorgang, versagte dem mit vorgelegten Strafurtheile die Anerkennung und brachte hiedurch die Sache dahin, daß in beiden Vorinstanzen dem Kläger der Beweis der Verletzung, ihr selbst der Gegenbeweis über die Einrede der Nothwehr auferlegt wurde. Der Kläger hatte sich hiebei gleich anfangs beruhigt, die Beklagte suchte

aber nach vergeblicher Appellation die Revision nach, weil ihr nicht auch die vorgeschützte Einrede eines blosen Zufalles alternativ mit zum Beweise ausgesetzt worden sei, welche beide Vorinstanzen als zum direkten Gegenbeweise gehörig beseitiget hatten.

Der oberste Gerichtshof verwarf diese Beschwerde als ungegründet, und bemerkte hierüber in seinen Gründen, mit allgemeinem Bezuge auf die der Vorinstanz. . . . . Noch zwei weitere und näher liegende Gründe stellen sich diesem Begehren (der Beklagten) entgegen, nämlich

a) daß die Beklagte nach dem mit den Kriminalakten im Original vorliegenden Strafurtheile wegen des fraglichen Vorfalles als des Vergehens der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig verurtheilt wurde, und, wie sie selbst anführt, ihre Strafe bereits erstanden hat, jenes Urtheil aber im Hinblicke auf Art. 9 Thl. II des StGB. für die civilrechtliche Nachklage die Kraft eines vollen Beweises hat, und im übrigen die Unterstellung jedes Zufalles, der bei der beschuldigten Handlung im Spiele gewesen, auf das bestimmteste ausschließt; dann

b) daß die Beklagte die Einrede der Nothwehr vorschützte und darüber zum Beweise zugelassen ist, wobei es auch in Ermangelung einer klägerischen Beschwerde sein Bewenden haben muß, diese Einrede aber, als auf der Grundlage einer freiwilligen und absichtlichen Handlung beruhend, mit der Annahme eines blosen Zufalles in unauflösbarem Widerspruche steht, während doch nach der GO. Kap. VI §§. 2 und 7 im Vergleiche mit Kap. IV §. 9 einander widersprechende oder sich gegenseitig wiederaufhebende Einreden und andere Vertheidigungsmittel, was in richterlichem Ermessen steht, nicht miteinander cumulirt werden dürfen.

OAGE. v. 16. Okt. 1855 in Sachen Witzelsberger g. Egger. Reg.Nr. 1450, $^{53}/_{54}$.

2.

Exceptio non numeratae pecuniae. Wiederholtes Schuldbekenntniß. Hypothekenprotokoll und Hypothekenbrief.

Die exc. non numeratae pecuniae wird beseitigt durch jede der Ausstellung des Schuldscheines nachfolgende ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Ausstellers, durch welche er sich zu der Schuld bekennt. In einem gegebenen Falle wollte eine solche nachfolgende Erklärung in der Unterzeichnung des Hypothekenbriefes, als dem Schuldbekenntnisse im Hypothekenprotokolle nachfolgend, gefunden werden. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung.

Der Hypothekenbrief ist nichts weiter als eine Ausfertigung des Hypothekenprotokolls, welche dem Gläubiger gegeben wird, damit er einen beweisenden Titel für seine Forderung in Händen habe; derselbe kann daher niemals als eine getrennte, selbstständige Urkunde qualifizirt werden, welche eine nochmalige nachträgliche Anerkennung des im Hypothekenprotokolle niedergelegten Bekenntnisses über den baaren Empfang des Darlehens enthält. Es wäre somit ohne allen Belang, wenn auch der Hypothekenbrief wirklich erst einige Tage später von dem Gemeinschuldner unterschrieben sein sollte.....

OAGE. v. 4. Sept. 1855. Nr. $1579^{54}/_{55}$.

3.

Uebereinkommen zur Abwendung eingeleiteter Exekution. Dessen Gültigkeit bei Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens in Frage gestellt. Ist der Bescheid über diesen Inzidentpunkt als im Exekutionsverfahren ergangen zu betrachten?

Ueber diese Frage liegen uns zwei Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vor. Die verneinende beruhte auf folgenden Erwägungen.

Betrachtet man die Verhandlungen, welche den vorliegenden gleichförmigen Erkenntnissen der Vorinstanzen zu Grunde liegen, so ergibt sich, daß zunächst die Frage über die Rechtsgültigkeit der Uebereinkunft vom 10. Januar 1848 den Gegenstand des Streits bildete. Gertraud H. erklärte diesen von ihrem Ehemann abgeschlossenen Vertrag deshalb als unwirksam, weil ihre Einwilligung hiezu nicht erholt worden ist. Wenn nun die Vorinstanzen sich für die Gültigkeit jener Uebereinkunft und deren Folgen ausgesprochen haben, so liegt hierin unzweifelhaft keine Entscheidung in executione. Das Resultat geht zwar allerdings dahin, daß dem Georg Heinrich G. das A. St.'sche Grundvermögen um das von W. St. gelegte Meistgebot zugeschlagen werde, es geht auf eine Fortsetzung des früheren Exekutionsverfahrens. Allein zwischen dem früheren und dem jetzigen Exekutionsverfahren liegt ein neues Rechtsgeschäft in Mitte, auf dessen Grund ein Dritter das Gut um das Meistgebot adjudizirt wissen will. Dieses Rechtsgeschäft ist angefochten, der Streit hierüber ist ein ganz selbstständiger Rechtsstreit, und zwar nicht im Exekutionsstadium, indem vielmehr die Fortsetzung der Exekution von Erledigung dieses Rechtsstreits abhängt. Soll eine Streitsache wirklich in executione versiren, so wird vorausgesetzt, daß das Recht, welches im Wege der Hülfsvollstreckung realisirt werden soll, bereits liquid sei, was man hier offenbar nicht behaupten kann. — Demgemäß wurde die Revision gegen die gleichförmigen Urtheile der Vorinstanzen für zuläßig, und die Einhaltung des dreißigtägigen Fatale für genügend erachtet, und sofort über die Materialien erkannt.

OAGE. v. 10. Dez. 1852. Nr. $158^{52}/_{53}$.

Dagegen wurde obige Frage in einer neueren

Entscheidung bejaht. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Der k. Advokat L., Anwalt des Joh. N. (Klägers), hat am 31. Dez. 1851, nachdem bereits gegen Salomon X. (Beklagten) das Exekutionsverfahren eingeleitet war, mit Vorbehalt der Genehmigung seines Mandanten, mit dem Beklagten und dessen Bruder Bernhard X. einen Vergleich abgeschlossen, wonach Letzterer sich anheischig machte, binnen 6 Monaten an den Kläger 2000 fl., eventuell den ganzen Betrag der judikatmäßigen Forderung zu zahlen, die gegen Salomon X. eingeleitete Exekution aber auf sich beruhen sollte. Auf Grund dieses Vergleiches bestritt der Verklagte in Folge des erneuerten klägerischen Anrufens die Statthaftigkeit der gegen ihn eingeleiteten Exekution, indem er behauptete, daß die Genehmigung des besagten Vergleiches von Seite des Joh. N. nachträglich erfolgt sei; was aber von Letzterem in Abrede gestellt wird. Unter dem 27. Dez. 1852 erging nun der landgerichtliche Beschluß dahin, daß die Einrede der verglichenen Sache als unbegründet verworfen werde, und es sohin bei der verfügten Exekution durch Aufstrich des verpfändeten Anwesens sein Verbleiben habe. Dieses Dekret wurde auf Berufung des Salomon X. in zweiter Instanz bestätigt. Es liegen hiernach zwei gleichförmige Urtheile in executione vor, wogegen nach §. 54 Abs. 8 und §. 108 der Novelle vom 17. Nov. 1837 eine Berufung zur dritten Instanz nicht zulässig ist. Der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen steht nicht entgegen, daß es sich in concreto vor Allem um die Gültigkeit des Vergleiches handelt. Denn nur zum Zwecke der Abwendung der Exekution berief sich der Beklagte auf den Vergleich, indem er ausdrücklich die Bitte stellte, die Exekutionsanträge des Joh. N.

zurückzuweisen. Es war die Frage über den Fortgang der Hülfsvollstreckung zu entscheiden, und hierüber sind übereinstimmende Aussprüche vorhanden. Bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes ist es gleichgültig, aus welchem Grunde sich der Beklagte von der Exekution zu befreien sucht; so wie auch a. a. O. hinsichtlich der Inzidentpunkte, welche bei diesem Verfahren vorkommen können, keine Ausnahme statuirt ist.

Vgl. den oberstrichterlichen Plenarbeschluß v. 13. März 1845 (RBl. S. 203 f.).

Demgemäß war die Revisionsbeschwerde des Beklagten als unzulässig abzuweisen.

OAGE. v. 6. Mai 1854. Nr. 851 $^{53}/_{54}$.

4.

Zur Erläuterung des §. 55 der Prozeßnovelle von 1837.

Die Ausschließung der Berufung und die Verweisung der gravirten Partei auf den Weg der Remonstration sind im §. 55 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 einfach auf die Voraussetzung gestellt, daß der gerichtliche Beschluß nur auf den Antrag *eines Theils* ergangen sei. Es kommt daher bei der Anwendung dieser Verfügung nicht darauf an, in welchem Sinne der Richter den Beschluß erlassen hat, ob er dabei die Zuläßigkeit einer nachträglichen Rechtsvertheidigung, wie sie der unbedingte Mandatsprozeß gestattet (GO. Kap. V §. 7) für den Imploraten voraussetzte oder nicht. Ist dieser faktisch mit seiner Vertheidigung nicht vernommen worden, so kann er sich wegen Zurücknahme des Beschlusses an denselben Richter wenden, und die Remonstration kann sich insbesondere darüber verbreiten, daß die Annahme, als habe eine rechtsgenügende Verhandlung über den betreffenden Streitpunkt bereits in einem anhängigen

Verfahren über die Hauptsache [1]) stattgefunden, — irrig und durch die Akten widerlegt sei.

OAGAkten v. 6. Juni 1854. Nr. $1098^{53}/_{54}$.

5.

Kompensation. Illiquide Gegenforderung.

Vgl. Bd. XX S. 401.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Da der klägerische Anspruch durch das Geständniß [2]) des Beklagten liquid gestellt ist, und von sonstigen Einredebeweisen nicht weiter abhängt, gegen liquide Forderungen aber illiquide Gegenforderungen, wenn solche Weiterungen herbeiführen würden, zur Kompensation selbst im ordentlichen Prozesse nicht gebraucht werden dürfen,

C. ult. §. 1 de compens. (4, 31)

so war die Einrede der Kompensation in dem gegenwärtigen Verfahren unberücksichtigt zu lassen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28. Febr. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer Bd. I S. 183—4.

6.

Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag.

Bei Klagen auf einen richterlich festzustellenden Entschädigungsbetrag kommt die Regel, nach welcher von der Klagzustellung an Verzugszinsen (Prozeßzinsen) zuerkannt werden, nicht zur Anwendung.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 1838. Heuser, Annalen III S. 52.

---

[1]) Im Gegensatze zu dem unmittelbar in Frage befindlichen Provisorium.

[2]) Gleiches gilt, wenn der klägerische Anspruch zwar in Zweifel gezogen, aber durch öffentliche Urkunde liquid gestellt ist.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 15. März 1856. 21. Jahrgang. № 6.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag. Enteignungsprozesse. — Zurückweisung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines sicheren Datums. — Beweis durch Gutsrechnungen. Zusammengesetzter Beweis. — Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages steht den Gerichten zu, selbst im Widerspruche mit der Aufstellung desjenigen, der daraus Rechte verfolgt. — Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Eideszuerkennung. Zuständigkeit des Untergerichtes, über die Folgen dieses Eintrittes zu erkennen, wenn der fragliche Eid obergerichtlich zuerkannt war. — Der Partikularkonkurs zur Feststellung der Rangordnung der Hypothekgläubiger in dem Erlöse eines verpfändeten Gutes auch außer dem Falle einer Ueberschuldung zulässig. — Verweisung von Streitposten wegen Rechtshängigkeit. Entkräftung dieses Ausspruches in zweiter Instanz läßt Revision nicht zu. — Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten zu Kirchenbauten nach Ansbacher und Bayreuther Provinzialrecht. — Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschworenen Meineides. —

Prozeßzinsen. Illiquider Forderungsbetrag. Enteignungsprozesse.

Vgl. Kommentar ü. d. GO. Bd. II (Aufl. II) S. 276 f.

Das auf der vorigen Seite (80) mitgetheilte Erk. des OAG. zu Cassel gibt uns Anlaß, über obigen Gegenstand einige Bemerkungen vorzutragen.

In täglicher Uebung befindet sich die Regel, nach welcher dem Kläger aus der Geldsumme, die ihm der Beklagte nach dem Urtheile zahlen soll, Zinsen von Zeit der Klagebehändigung gebühren; und zwar abgesehen von einem Zinsversprechen, beziehungsweise von einem sonstigen aus der Beschaffenheit der Sache oder der Eigenschaft der Person fließenden Grunde der Zinsverbindlichkeit.

Die früher herrschende Ansicht war, daß es sich hier nur von Verzugszinsen handle, laufend vom Tage der durch die Klagbehändigung bewirkten

Interpellation [1]). Dieser Auffassung würde die Annahme entsprechen, daß die Zuerkennung der fraglichen Zinsen überall wegfalle, wo nach den Umständen des besonderen Falles in der Vertheidigung des Beklagten gegen den klägerischen Anspruch eine widerrechtliche Erfüllungs-Verzögerung, eine civilrechtliche Mora nicht gefunden werden kann. Um in einer Zahlungsweigerung widerrechtlichen Verzug zu finden, muß sich die Annahme rechtfertigen lassen, daß den Schuldner dabei ein Vorwurf treffe. Stehen der Verzögerung der Leistung hinreichende Gründe zur Seite, so ist ein Fall des Verzuges nicht gegeben [2]). Fehlte es nach Lage der Sache nicht an Motiven für den Schuldner, die Existenz der Forderung überhaupt oder doch die Richtigkeit des geforderten Betrages zu bezweifeln, so liegt seine auch nach der Klagestellung fortgesetzte Zahlungsweigerung außer dem Gebiete der Mora. Gerade bei Entschädigungsforderungen mag dieß ein gewöhnlicher Fall sein, insbesondere in Ansehung des geforderten Betrages, indem die über den Schadensbetrag gepflogenen Ermittelungen dem Verklagten weder vor der Klagestellung noch nach derselben (während des Vorverfahrens) zur Einsicht und Prüfung vorlagen. Wo zumal die Sache so beschaffen ist, daß zu dem Resultate der Feststellung einer Summe nur durch das Ergänzungsamt eines richterlichen aestimare gelangt werden konnte [3]), so war es gewiß nicht an dem Verklagten gelegen, die Zahlung schon früher zu leisten. — Wo sich

---

[1]) Vgl. bayer. LR. Th. II Kap. 3 §. 21 Nr. 3. — Auch in dem S. 80 erwähnten Casseler OAGE. wird von Verzugszinsen gesprochen. (Die Parenthese „Prozeßzinsen" enthält eine Redaktions-Bemerkung.)

[2]) Vgl. fr. 21, fr. 24 pr. fr. 32 pr. fr. 47 de usuris (22, 1); fr. 42, 63 de reg. juris..

[3]) Vgl. fr. 4 §. 4, fr. 5 §. 3 de in litem jurando (12, 3).

aber das Vorhandensein eines Verzuges nicht annehmen läßt, da kann auch von einer Obliegenheit, Verzugszinsen zu zahlen, nicht die Rede sein. Aus dem Standpunkte der Lehre von den Verzugszinsen erscheint daher das mehrgedachte Cassel er OAGE. als gerechtfertigt.

Aber ungeachtet des hier gangbaren Ausdruckes „Verzugszinsen" pflegt man in der Praxis auf Zinsen von Zeit der Klagebehändigung zu erkennen, ohne zu untersuchen, ob im gegebenen Falle die Merkmale des Verzuges vorliegen oder nicht. Es liegt darin gleichsam eine unbewußte Anerkennung der richtigen Ansicht, welche dahin geht, daß es sich in der That nicht von Verzugszinsen, sondern von einer Zinsverbindlichkeit handle, welche durch Verzug des Beklagten nicht bedingt ist [4]). Der unterliegende Verklagte hatte nach römischem Rechte den Klagegegenstand dem Kläger, ohne Unterschied der Fälle vorhandener oder nicht vorhandener Mora, mit Verabfolgung oder Vergütung der „causa omnis" von Zeit der Litiskontestation, zu leisten [5]). An die Stelle des Zeitpunktes der Litiskontestation tritt heutzutage die Zeit der Klagebehändigung [6]). Den Satz „causa omnis restituenda est" erläutert Paulus in fr. 31 pr. de reb. cred. (12, 1): id est, omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatae tempore solutus fuisset (sc. fundus vel homo). Zur causa omnis gehören, nach Analogie der Früchte bei fruchtbringenden Sachen, bei Geldsummen die Zinsen daraus. Usurae

---

[4]) Vgl. Savigny System Bd. 6 §§. 268—271; Bayer Vorträge ed. VIII §. 174 S. 564.

[5]) Vgl. fr. 20 de rei vind. (6, 1); fr. 31 pr. de reb. cred. (12, 1); fr. 2, 3 §. 1, fr. 38 §. 7 de usuris (22, 1); const. 1, 2 cod. (6, 47).

[6]) Savigny a. a. O. §§. 278, 279.

vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari [7]). Es wird vorausgesetzt [8]), der Kläger würde die gebührende Geldsumme, hätte er sie sofort nach der Klagebehändigung empfangen, alsbald fruchtbringend verwendet und sich dadurch einen Zinsengenuß verschafft haben. Eben so wird angenommen, der Beklagte habe die nunmehr zu zahlende Hauptsumme mittlerweile (von Zeit der Klagebehändigung) in seinen Geschäften benutzt, und dadurch Vortheile gezogen, von welchen jetzt ausgemacht ist, daß sie ihm nicht gebührt haben; daher ist ihm deren Herausgabe oder Vergütung aufgelegt, ohne Rücksicht darauf, ob seine bisherige Vertheidungs-Stellung hinreichende Motive für sich hatte oder nicht. Von diesem Standpunkte ausgehend, gelangt man zu anderen Resultaten, als das OAG. zu Cassel, nämlich zu dem in der Praxis des OAG. zu Lübeck adoptirten Rechtssatze: „bei dieser Art von Zinsen macht es keinen Unterschied, wenn das Quantum der zu zahlenden Hauptsumme erst im Laufe des Prozesses durch richterliches Erkenntniß festgestellt ist" [9]). Damit stimmt die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes zu Berlin überein [10]) und auch das bayerische Oberappellationsgericht hat in dem Plenarbeschlusse vom 5. Juni 1844 [11]) den Unterschied von Verzugs- und Prozeß-Zinsen dahin anerkannt, daß die gesetzlichen Beschränkungen des Rechts auf Verzugszinsen für die von Zeit der Citation laufenden Prozeßzinsen nicht gelten sollen.

---

[7]) Fr. 34 de usuris.
[8]) Vgl. Savigny a. a. O. S. 133.
[9]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 148; Bd III Nr. 17, 18; Bd. V Nr. 261.
[10]) Savigny a. a. O. S. 163.
[11]) Regbbl. v. 1844 S. 619 f.

Im Entſchädigungsprozeſſe des Enteignungsverfahrens nach Art. XIX des betreffenden Geſetzes vom 17. November 1837 kommt eine eigentliche Klagſtellung nicht vor, daher auch keine Klagbehändigung; folgeweiſe kann, was von Prozeßzinſen in obigem Sinne gilt, hier nicht zur Anwendung kommen. Fällt die Verzögerung der Entſcheidung, und damit auch der Entſchädigungsleiſtung dem entſchädigungspflichtigen Theile zur Laſt, ſo kann dieſer Umſtand bei Ermittelung des ganzen hiebei obwaltenden Intereſſe als Erhöhungsmoment in Anſatz kommen, oder auch in Zuerkennung von wirklichen Verzugszinſen eine Folge erhalten. Eben ſo ſteht es im oberrichterlichen Amte, wegen Aufenthalts durch unbegründete Berufungen des pflichtigen Theiles, nun erſt auf Verzugszinſen zu erkennen [12]).

Auf die meiſten Enteignungsfälle wird übrigens auch fr. 13 §. 20 de act. e. v. (19, 1) paſſen: „cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.“

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zurückweiſung einer Privaturkunde im Gebrauche gegen Dritte wegen Mangels eines ſicheren Datums.

(Zu Bd. XVIII S. 161 fl.)

Dem Bauern X. wurde durch Beſchluß vom 2. und zugeſtellt 9. September eröffnet, daß man

---

[12]) Daß die Beſtimmung der GO. Kap. IV §. 7 Nr. 6 auf die oberſtrichterliche Amtsbefugniß zu beziehen ſei, kann einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen. Vgl. GO. Kap. XV §. 11 Nr. 8.

bei ihm den Vollzug der beantragten Auspfändung für 850 fl. zu Gunſten ſeines Gläubigers N. verfügt, und deshalb an den Gerichtsdiener den entſprechenden Auftrag erlaſſen habe. Am 18. September wurden ſodann Mobilien bis zum vorfindlichen Werthe von 292 fl. wirklich abgepfändet. Allein ſchon am 1. Oktober darauf überreichte ſeine Taglöhnerin Agatha H. eine Intervention, worin ſie jene Mobilien als ihr Eigenthum vindizirte, ſich hiefür auf zwei Privaturkunden des X. ſtützend.

In der erſten, welche vom November des vorhergegangenen Jahres datirt war, alſo bereits zehn Monate älter ſein ſollte, bekannte X., von ſeiner Taglöhnerin ein Kapital von 442 fl. entlehnt zu haben; vermöge der zweiten vom 11. September, welche nur acht Tage älter war als das Pfändungsprotokoll, und zwei Tage jünger, als die Nachricht, daß die Hülfsvollſtreckung verfügt ſei, verkaufte er an dieſelben ſein ganzes Mobiliarvermögen an Hausrath und Feldfrüchten um 352 fl. Der oberſte Gerichtshof ließ dieſe (Verkaufs-) Urkunde als Grundlage einer ſtatthaften Intervention nicht gelten und bemerkte hierüber in den Gründen: Vor allem kömmt zu erwägen, daß die Privaturkunde vom 11. September 1854 im Hinblicke auf die GO. Kap. XI §. 3 Nr. 1[1]) dem Beklagten gegenüber nicht unmittelbar beweiskräftig erſcheint, daß es bei derſelben insbeſondere auf die Zeit ihrer Errichtung ankömmt, und daß ſie daher gegen den Dritten nur inſoferne beweiſen kann, als nicht blos die Aechtheit der Unterſchriften, ſondern auch die Gewißheit oder Wahrhaftigkeit des Datums durch an-

[1]) Privat-Urkunden „können in der Regel für den Schriftſteller niemals beweiſen". Hier wurde die Urkunde produzirt, um den Vollzug der gegen den Ausſteller verfügten Hülfsvollſtreckung abzuwenden.

dere Behelfe genügender Weise annehmbar oder dargethan wird.

OAGE. vom 29. Januar 1856 Nr. $370^{55}/_{56}$.

2.

Beweis durch Gutsrechnungen. Zusammengesetzter Beweis.
(Vgl. Bd. XX S. 380.)

Einer Gutsherrschaft war auf ihre Konfessorienklage zum Beweise auferlegt, daß sie eine gewisse Rente dreißig Jahre lang in dinglicher Eigenschaft von dem Gute des Beklagten bezogen habe. Sie führte den Beweis durch das Steuerkataster und Hypothekenbuch, die drei letzten Uebergabsbriefe, worin jenes Gefäll mit übernommen war, überdieß durch ihre Gutsrechnungen, die entsprechenden Bescheinigungen in dem hiezu edirten Quittungsbüchlein ihres Gegners selbst und durch die Zeugschaft ihrer zwei letzten Rentenverwalter, welche für jede ihrer betreffenden Verwaltungsperioden den Bezug gleichförmig bestätigten. Nicht leicht konnte ein ähnlicher Beweis je überzeugender und nachdrucksamer geführt sein; der Beklagte gab sich in dessen Resultate doch nicht gefangen, verlangte vielmehr, wo nicht Entbindung von der Klage, doch jedenfalls vorerst den klägerischen Erfüllungseid, weil die Zeugen singulär, alles übrige nur Vermuthungen seien. Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das verurtheilende Erkenntniß der II. Instanz. In den Gründen kommt hierüber vor:

Unerheblich ist hiebei, daß die Rechnungen eine eigene Schrift (scriptura propria) der Gutsherrschaft uud noch nicht von einem höheren Alter bekräftiget sind; da dem verrechnenden Beamten alles daran liegen mußte, nichts in Einnahme zu setzen, was er nicht wirklich erhoben, das Interesse an dem jetzigen Gebrauche damals noch nicht vor-

herzusehen war, und der Vortrag der Rechnungen mit allen anderen Schriftstücken und Umständen genau übereinstimmt, so ist auch ihre mitwirkende Beweiskraft nicht zu beanstanden. . . . . Unerheblich ist noch, daß für die Erhebung in jedem einzelnen Jahre nur die Aussage Eines Zeugen vorliegt, wie es auch gar nicht wohl anders sein konnte, da immer nur ein Rentenverwalter aufgestellt war. Nachdem die Gerichtsordnung für die Würdigung des zusammengesetzten Beweises keine besonderen Beweisregeln aufgestellt hat, so muß vielmehr der wesentliche Punkt dem richterlichen Ermessen unterstellt bleiben, ob der gesammte Eindruck aller von mehreren Seiten her und aus verschiedenen Beweismitteln auf den nämlichen Punkt zusammenströmenden Erkenntnißgründe für die Ueberzeugung so kräftig und nachhaltig sei, um daraus den vollen Beweis eines Thatumstandes entnehmen zu können, eine Voraussetzung, die sich hier im höchsten Grade gegeben findet.

OAGE. vom 9. Nov. 1855 in Sachen Wassermann w. Crailsheim. Reg.-Nr. $58^{54}/_{55}$.

****.

3.

Die rechtliche Qualifikation eines Vertrags steht den Gerichten zu, selbst im Widerspruche mit der Aufstellung desjenigen, der daraus Rechte verfolgt.

Die Ehegatten WW. schuldeten an E. aus einem Kaufe 100 fl. und stellten demselben hiefür ein schriftliches Zahlungsversprechen aus, welches ihr Freund X. mit ihnen unterzeichnete, wobei er auch mündlich zugesichert haben soll, für die Schuld zu haften. Ob seine Mitunterschrift als Mitschuldner, Bürge oder Zeuge beigesetzt worden, war aus der Urkunde nicht klar zu entnehmen. Als nun X. bei dem Vermögensverfalle der Hauptschuldner von dem Gläubiger E. auf Bezahlung der Schuld aus dem

Titel der Korrealität belangt wurde, setzte er die gewöhnlichen Einreden eines Bürgen entgegen, sah sich aber, um denselben auszuweichen, mit der Replik begegnet, es sei nicht aus der Bürgschaft, sondern blos aus der Korrealität geklagt. Wegen Unklarheit dieses Rechtsverhältnisses wurde auch die Klage in I. Instanz angebrachtermassen abgewiesen, vom obersten Gerichtshofe dagegen auf die Beschwerde des Klägers zugelassen, unter dem Gesichtspunkte der Bürgschaft in Betracht gezogen und zum Beweise ausgesetzt. In den Gründen kommt hierüber vor:

.... Allein gegen diese Folgerung (der Vorinstanz) macht sich die Betrachtung geltend, daß es nicht darauf ankommt, wie die Parteien die von ihnen asserirten thatsächlichen Verhältnisse rechtlich qualifiziren, in welche Klasse von Verträgen sie ein bestimmtes Uebereinkommen, sei es absichtlich, um nachtheiligen Konsequenzen zu entgehen, oder aus Irrthum und Mißverständniß einreihen, sondern ob bei einer richtigen Subsumtion unter die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen der behauptete Sachverhalt ein darauf gestütztes Begehren rechtfertige. Jene Subsumtion ist wesentlich die Aufgabe des Richteramtes, das sich durch geflissentlich unrichtige oder (zufällig) irrige Qualifikationen von Seite der streitenden Theile nicht darf abhalten lassen, das von denselben vorgebrachte faktische Material, mit den gestellten Anträgen zu vergleichen und über letztere je nach ihrer rechtlichen Begründung zu entscheiden.

OAGE. vom 5. Jänner 1856. Nr. $865^{54}/_{55}$.

4.

Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Eideszuerkennung. Zuständigkeit des Untergerichtes, über die Folgen dieses Eintritts zu erkennen, wenn der fragliche Eid obergerichtlich zuerkannt war.

In einer Rechtssache, Ansprüche aus außerehelichem Beischlaf betr., hatte das Untergericht (am 30. Sept. 1850) auf den Erfüllungseid der Klägerin, das Obergericht hingegen, weil es an der halben Probe mangle, (am 6. Mai 1855) auf den Reinigungseid des Beklagten erkannt. Dieses letztere Urtheil beschritt die Rechtskraft. Der Anwalt des Beklagten beantragte Anberaumung der Schwörungstagfahrt. Nun erfolgte Verurtheilung des Beklagten zur Kettenstrafe wegen Raubs III. Grades, und damit Eintritt der Eidesunfähigkeit. Dieser Zwischenfall veranlaßte den Sachführer der Klägerin zu dem Antrage bei dem Untergerichte: nunmehr den Eid für verweigert zu erkennen und den Beklagten nach Maßgabe der Klagbitte zu verurtheilen. In Erwägung, daß nach GO. XIII §. 3 Nr. 6 der aufgetragene Reinigungseid nur von demselben Richter ex novis wieder zurückgenommen werden könne, verwarf das Untergericht den gestellten Antrag. Auf klägerische Berufung erkannte am 6. Mai 1854 das Appellationsgericht zu Passau unter Zurücknahme seines Erkenntnisses vom 6. Mai 1851: es sei das erstrichterliche Erkenntniß vom 30. Sept. 1850 (auf den Erfüllungseid der Klägerin) zu bestätigen. Hiegegen ergriff der Vertreter des Beklagten das Rechtsmittel der Oberberufung, den Antrag stellend: Beklagten nunmehr von der Klage zu entbinden. Der oberste Gerichtshof hielt dafür, daß es bei dem neuern Erkenntnisse des Appellationsgerichts nicht belassen werden könne. „Schon der Umstand, daß

das k. AG., — während es in seinem Erk. vom 6. Mai 1851 ausgeführt hat, daß es, um die Klägerin zum Erfüllungseide zuzulassen, an der erforderlichen Probe ermangle, da nur einiger Verdacht gegen den Beklagten bestehe, — nun in seinem neuerlichen Erk. vom 6. Mai 1854, ohne daß inzwischen neuere Behelfe beigebracht worden, und lediglich auf Grund der früheren Beweisergebnisse, diese für genügend erklärt, um die Klägerin zum Erfüllungseide zuzulassen, — beurkundet die Unhaltbarkeit dieser Entscheidung." Hiernächst wurde bemerkt, daß dieselbe auch über die zu verbescheidenden Anträge hinausgehe. „Nicht auf einen Widerruf oder eine Abänderung des zweitrichterlichen Erk. vom 6. Mai 1851 lauteten die klägerischen Anträge, sondern vielmehr auf Vollzug desselben, jedoch in der Art, daß nunmehr der dort dem Beklagten auferlegte Reinigungseid für verweigert erklärt werden möge. Mit Unrecht hat das Untergericht diesen Antrag als einen zu der höheren Instanz, von welcher das Erk. vom 6. Mai 1851 erlassen worden, gehörigen Antrag aufgefaßt. Dasselbe war zu dessen Verbescheidung nicht nur zuständig, sondern es war auch gar kein genügendes Motiv vorhanden, denselben sogleich a limine abzuweisen, weil er nicht von der Art ist, daß man annehmen könnte, es ergebe sich dessen Ungrund schon ex ipsis narratis, daher jedenfalls eine Verhandlung hierüber hätte angeordnet werden sollen" ..... Das OAG. erkannte.

Daß der in der klägerischen Eingabe vom 11. Mai 1852 gestellte Antrag, den dem Beklagten auferlegten Reinigungseid als verweigert zu erklären und sofort den Beklagten nach den Klagbitten zu verurtheilen, a limine nicht abzuweisen, sondern hierüber ordnungsmäßig zu verhandeln, und sodann salva appellatione, was Rechtens, zu erkennen sei.

OAGE. v. 28. Feb. 1855. Nr. $1410^{53}/_{54}$.

Nachschrift. Ueber die Folgen der Eidesunfähigkeit desjenigen, welcher einen gerichtlichen Parteieneid schwören soll, — vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 128; Schmid Handb. des Civilproz. Bd. II §. 160 S. 342: „Die poena recusati kann sie (zunächst von Meineidigen ist die Rede) nicht treffen, da sie nicht den Eid verweigern, sondern nicht schwören dürfen, eidesunfähig sind." — Der sich durch zufälligen Verlust eines Beweismittels ergebende Nachtheil trifft den Beweisführer. Allerdings liegt unter obigen Umständen ein Verschulden des Gegners, welcher schwören soll, in Mitte; aber dabei handelt es sich von einer außer Beziehung zu dem fraglichen Rechtsstreite stehenden Thatsache. Und kann man von einem zugegangenen Nachtheil sprechen, wo der Beklagte den zuerkannten Reinigungseid zu schwören bereit war?

5.

Der Partikularkonkurs zur Feststellung der Rangordnung der Hypothekgläubiger in dem Erlöse eines verpfändeten Gutes auch außer dem Falle einer Ueberschuldung zulässig.

(Zu Kommentar, Bd. IV S. 335; — Bl. f. RA. Bd. XX S. 92.)

Ein oberstrichterliches Erkenntniß v. 3. Januar 1856 gieng hierüber von folgenden Grundsätzen aus:

Der Fall eines Partikularkonkurses ist auch dann gegeben, wenn außer dem Falle einer drohenden Ueberschuldung und eines dadurch beinzichteten Universalkonkurses mehrere Hypothekgläubiger über die Vertheilung des zur Befriedigung Aller unzulänglichen Erlöses ihres Pfandobjektes streiten, weil z. B. der dritte, durch jenen Erlös nicht mehr gedeckte Hypothekgläubiger behauptet, die erste Hypothek sei bereits getilgt, die zweite simulirt, so

daß seine Forderung allein und vollständig aus dem Kaufschillinge zu befriedigen sei. Wenn gleich der §. 8 der Prioritätsordnung dieses Falles als zum Partikularkonkurse geeignet nicht erwähnt, so führt doch schon das im §. 59 des Hypothekengesetzes ausgesprochene Prinzip, daß der Vorzug unter den Hypothekgläubigern sich nach der Zeit und Ordnung ihres Eintrages richte, zu dieser Ergänzung eines besonderen Falles als nothwendig hin. Auch ist das Verfahren, welches die §§. 10 und 15 des Einführungsgesetzes zur Regulirung der ersten Rangordnung bei dem Uebertrage in die Hypothekenbücher vorzeichneten, der Sache nach nichts anderes als ein Partikularkonkurs.

OAGAkten RNr. $251^{55}/_{56}$.

6.

Verweisung von Streitposten wegen Rechtshängigkeit. Entkräftung dieses Ausspruchs in zweiter Instanz läßt Revision nicht zu.

Der Unterrichter hatte Gegenforderungen des Beklagten auf Grund vermeintlich entgegenstehender Einrede der Rechtshängigkeit ad separatum verwiesen. Das Gericht zweiter Instanz war in diesem Betreffe anderer Ansicht und verwies die Sache zur weiteren Aburtheilung, in Ansehung jener Gegenforderungen, an den ersten Richter zurück. Hiegegen wurde vom Kläger das Rechtsmittel der Oberberufung eingewendet, und zur Darlegung der Zuläßigkeit, unter Bezugnahme auf Seuffert's Komment. Bd. IV S. 18 bemerkt, das Obergericht habe den erstrichterlichen Ausspruch nicht aufgehoben, sondern abgeändert. Es erfolgte jedoch Abweisung des Rechtsmittels wegen Unzuläßigkeit. In der Verweisung der Sache an das Untergericht zur weiteren Aburtheilung (in Betreff der

Gegenforderungen) liegt (sagen die Motive) kein materielles Erkenntniß über den fraglichen Kontestationspunkt, der erste Richter ist vielmehr in seiner Entscheidung über die Forderungen des Beklagten in keiner Weise gebunden, und einer Berufung gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts kann, zufolge §. 51 und §. 53 Nr. 1 und 2 des Prozeßgesetzes v. 17. Nov. 1837, nicht stattgegeben werden.

OAGE. v. 29. Nov. 1854. Nr. $1509^{53}/_{54}$.

7.

Hand- und Spanndienste der Eingepfarrten zu Kirchenbauten nach Ansbacher und Bayreuther Provinzialrecht.

(Zu Bd. XII S. 154 f.).

Nach dem Provinzialrechte der Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth sind an Orten, wo die Kosten der Kultusbauten nach Gen. Art. VIII Nr. 4 der Konsistorialordnung von 1594 dem Landesherrn als Patron wegen seines Pfründevergebungsrechtes allein zur Last fallen, die Eingepfarrten dessen unerachtet verbunden, die zum Bauwesen der Kirchen auf dem Lande erforderlichen Hand- und Spanndienste nach Vorschrift des preuß. Landrechtes Th. II Tit. 11 §. 714 unentgeltlich zu leisten, — und zwar besonders aus dem Grunde, weil bei dem Schweigen der Konsistorialordnung über jene Streitfrage des gemeinen kanonischen Rechtes die Entscheidung derselben nach Art. IV des Promulgationspatentes vorzugsweise nach dem preuß. Landrechte und in nächstem Anschlusse an dasselbe erfolgen soll, welches doch in der obigen Stelle die Eingepfarrten ohne Unterschied in allen Fällen für pflichtig erklärt.

OAGE. v. 18. Dez. 1855 (in S. Fiskus g. Wallmersbach.) Nr. $1697^{53}/_{54}$.

****.

5.

Strafbarkeit des von Eidesunmündigen geschworenen Meineides.

Vgl. Bd. XX, S. 145 f., S. 161 f.

Die 15jährige Dorothea Lür aus Braunschweig wußte sich einen Heimathschein der unverehelichten Sonnenberg aus Lengade zu verschaffen, und begab sich mit demselben in ein Bordell nach Hamburg. Hier wurde sie in einer Untersuchungssache gegen B. wegen Kuppelei auf Requisition der Staatsanwaltschaft zu Braunschweig von der Gerichtsbehörde zu Hamburg als Zeugin vernommen, sagte aus, daß sie Dorette Sophie Johanne Sonnenberg heiße, 18 Jahre 10 Monate alt und aus Lengade gebürtig sei, bekräftigte auch eidlich die Wahrheit dieser Angaben nach vorgängiger Verwarnung vor dem Meineide und nach Vorlesung und Genehmigung derselben. Die Lür wurde wegen dieses Meineides von der Staatsanwaltschaft angeklagt und von dem Kreisgerichte zu Braunschweig am 23. März 1855 zwar des Meineides für schuldig, jedoch für straffrei erklärt, da sie zur Zeit des Schwörens noch nicht eidesmündig, der Eid ihr mithin in rechtswidriger Weise abgenommen sei, das Verbrechen des Meineides aber einen rechtsgiltig geschworenen Eid voraussetze.

Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft wurde dieses Erkenntniß vom Kassationshofe zu Wolfenbüttel am 1. Mai 1855 im öffentlichen Interesse als nichtig kassirt. Gründe:

1) Die Strafandrohung des Kriminalgesetzbuches gegen den, der mit der Ueberzeugung der Unwahrheit seiner falschen Angabe solche vor einer öffentlichen zur Abnahme von Eiden befugten Behörde durch förmlichen Eid bekräftigt, erscheint an und für sich auf Alle anwendbar, bei welchen die allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit zutreffen.

2) Aus der dem Strafprozesse angehörigen Vor-

schrift über Eidesmündigkeit, nach welcher der Richter Auskunftspersonen, die ihr 18. Lebensjahr noch nicht erreicht, nicht zu beeidigen, sondern ohne Eid zu vernehmen hat, läßt sich nicht folgern, es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dadurch zugleich den Begriff des Eides überhaupt einzuschränken, und von einem neuen aus der Person des Schwörenden, namentlich dessen vollendeten 18. Lebensjahre zu entlehnenden Merkmale wesentlich abhängig zu machen, oder bei Personen unter 18 Jahren, wenn sie wissentlich falsch schwören, die Strafbarkeit aufzuheben.

3) Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß „Bosheit das Alter erfülle" muß auch nach dem geltenden Kriminalrechte [1]) bei jugendlichen Verbrechern, wenn sie mit besonderer Ueberlegung gehandelt haben, angewendet werden. Hierunter ist aber die Handlung der Angeklagten, welche sich wissentlich fälschlich für eidesmündig ausgegeben, zu subsumiren, da sie über die Bedeutung des Eides belehrt, vor dem Meineide gewarnt, und nachdem ihr mitgetheilt worden, daß sie den Eid verweigern könne, den falschen Eid aus eigenem freien Antriebe übernommen, und bei dessen Ableistung mit besonderer Ueberlegung und Geflissenheit gehandelt hat.

Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig Jahrg. II S. 142.

---

[1]) Bezugnahme auf das Braunschweig. Kriminalgesetzbuch §. 60 Schlußsatz §. 4. — Vgl. Anmerk. zum bayer. StGB. von 1813 Bd. 1 S. 241: „Auch zeigt die Erfahrung, daß es unter jungen Leuten Bösewichte gibt, bei welchen in der That die Bosheit das Alter ergänzt."

Berichtigungen. In Nr. 5 S. 71 Z. 20 st. „gestaltet" l. „gestattet." — Im Komment. ü. d. GO. Bd. I Aufl. II S. 298 Z. 6 st. „1847" l. „1846."

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 29. März 1856. 21. Jahrgang. № 7.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts. — Mithut auf einer Gemeindemarkung, dem Weideberechtigten gegenüber. Eidesleistung durch Einige aus einer größeren Anzahl von Streitgenossen. — Nekrolog. —

Ueber die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts.

In der Praxis wie in der Theorie läßt man die Hypothekenzinsklage nach §. 52 des Hyp.Ges. auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjekts theils unbedingt [1]) theils wenigstens in so weit zu, als dieser gemäß der §§. 42 und 54 des Hypothekengesetzes zu haften hat [2]).

[1]) Lehner, Lehrb. d. bayr. HR. Thl. I §. 98. Auch Seuffert Komm. üb. d. GO. (II. Aufl.) S. 75 scheint die Hypothekenzinsklage in ihrem vollen Umfange gegen den dritten Besitzer zulassen zu wollen, da in Anm. 6 a. a. O. die §§. 42 und 54 des Hyp.Ges., welche von der Haftbarkeit des dritten Besitzers handeln, neben den andern §§. nicht allegirt sind. Indessen wird hier wohl nur die Zulässigkeit der Hypothekenzinsklage in so weit vorausgesetzt, als der dritte Besitzer haftet, da die erwähnte Anm. 6 nur den Zweck hat, dieser Klage die Eigenschaft einer persönlichen auch dem dritten Besitzer gegenüber zu vindiciren. (Allerdings. Vgl. unten die Nachschrift. S. 104).

[2]) Gönner, Komment. üb. d. Hyp.Ges. Bd. I S. 432. Arnold, die Einkl. d. Hyp.Zins. ꝛc. §. 27.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Gegen diese Ansicht bestehen erhebliche Bedenken.

Der §. 52 des Hypothekengesetzes lautet: „Werden blos rückständige Zinsen eines im Hypothekenbuche eingetragenen Kapitals von den letzten zwei Jahren gefordert, so ist auf die schriftlich oder mündlich angebrachte, jedoch entweder mit dem Hypothekenbriefe oder mit einem beglaubigten Auszuge aus dem Hypothekenbuche bescheinigte, Klage dem Schuldner aufzutragen, den geforderten Rückstand binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen. Der Schuldner darf mit keiner Einrede gehört werden, welche er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann. Auf weiteres Anrufen des Gläubigers wird, im Mangel einer solchen Einrede, sofort mit der Exekution verfahren. Diese kann in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden; dem Schuldner bleibt jedoch, nach geschehener Zahlung, die Rechtsverfolgung vorbehalten. Hinsichtlich älterer Zinsrückstände bleibt es bei den Vorschriften der Prozeßordnung."

Schon nach dem Wortlaute dieses §. ist die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes ausgeschlossen; überall ist nur von dem Schuldner, d. h. dem persönlich Verpflichteten die Rede, während in andern Stellen des Hypothekengesetzes genau zwischen diesem und dem dritten Besitzer unterschieden wird, wenn es sich von einer Verbindlichkeit des letzteren und einer Berechtigung gegen ihn handelt.

Aber auch andere Anhaltspunkte sprechen für die Unzulässigkeit der Hypothekenzinsklage dem dritten Besitzer gegenüber. Der §. 52 des Hyp.Ges. steht unter der generellen Rubrik „Wirkungen der Hypotheken," und es handeln hier die §§. 42 und 43 von diesen Wirkungen hinsichtlich der Forderung, die §§. 44 — 48 in Ansehung des Schuldners, die §§. 49 — 53 in Ansehung des Gläubigers, die

§§. 54—58 in Ansehung des dritten Besitzers. Nun ist in Hinsicht der Forderung allerdings bestimmt, daß auch der dritte Besitzer für die Zinsen des laufenden und unmittelbar vorhergegangenen Jahres mit dem Hypothekenobjekte hafte, allein in Ansehung des dritten Besitzers ist nirgends bestimmt, daß gegen ihn nach §. 52 des Hyp.Ges. verfahren werden dürfe, eine Bestimmung, die das Gesetz gewiß getroffen hätte, wenn es dieselbe gewollt hätte, und gerade aus der Stellung der einzelnen §§., wonach zuerst von dem Schuldner, dann von dem privilegirten Verfahren, das dem Gläubiger gegen diesen zusteht, und dann erst von dem dritten Besitzer gesprochen wird, muß gefolgert werden, daß es nicht in der Tendenz des Gesetzes lag, dieses Verfahren auch gegen den dritten Besitzer zu gestatten.

Der §. 49 des Hypothekengesetzes räumt dem Hypothekgläubiger das Recht ein, den Schuldner aus dem Rechtsgeschäfte, wofür die Hypothek erworben wurde, persönlich zu belangen oder die dingliche Klage mit der persönlichen zu verbinden oder die dingliche Klage gleich allein anzustellen. Aus der Zusammenstellung dieser Alternativen geht mit Evidenz hervor, daß hiebei dem Gesetzgeber nur der Fall vor Augen schwebte, daß Schuldner und Besitzer des Hypothekenobjekts identisch sind, weil die beiden ersten Alternativen gegen den dritten Besitzer nicht Platz greifen können und die Haftbarkeit des dritten Besitzers besonders bestimmt ist. Ganz dieselbe Auffassung liegt aber auch dem §. 52 des Hyp.Ges. zu Grunde.

Dafür spricht vor Allem die Ausdehnung, welche der Hypothekenzinsklage gegeben wurde. Dieselbe erstreckt sich auf die Zinsen der letzten zwei Jahre mit Ausschluß des laufenden Zinsjahres oder Zinstermins (wenn dieser ein kürzerer, z. B. ein halbjähriger

ist); bezüglich der Zinsrate aus diesem laufenden Zinstermin findet sie nicht statt [3]);

Der dritte Besitzer haftet aber mit dem Hypothekenobjekte nicht für die Zinsen aus diesem ganzen Zeitraum, sondern, wie erwähnt nur für die des laufenden und unmittelbar vorhergegangenen Jahres. Aus dieser Ausdehnung der Hypothekenzinsklage geht hervor, daß das Gesetz hiebei an den dritten Besitzer gar nicht dachte, weil es sonst nicht eine Bestimmung hätte treffen können, die für diesen gar nicht passend ist.

Dafür spricht weiter, daß der Schuldner zur Zahlung bei Vermeidung der Exekution aufgefordert wird. Es ist hier nicht gerade ausgesprochen, daß die Exekution an dem Hypothekenobjekte statt finden müsse, was allein gerechtfertigt sein kann, wenn der dritte Besitzer der Beklagte ist, sondern das Gesetz hat dem Kläger die Wahl des Exekutionsobjektes überlassen, also auch hier die oben erwähnte Alternative im Sinne gehabt, d. h. sich den Schuldner und Besitzer identisch vorgestellt, weil die Exekution in ein anderes als das Hypothekenobjekt nur bei der persönlichen Klage statt finden kann.

Dafür spricht ferner die Bestimmung, daß der Schuldner mit keiner Einrede gehört werden darf, die er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann. Diese Strenge ist, vom legislativen Standpunkte aus betrachtet, nur dem Schuldner gegenüber gerechtfertigt, nicht auch dem dritten Besitzer gegenüber. Diesem, der oft entfernt von dem Schuldner und resp. früheren Besitzer wohnt, kann nicht zugemuthet werden, binnen der so kurz gestatteten Frist Einreden und deren Beweismittel, die er selbst nicht kennt, bei dem früheren

---

[3]) Gönner a. a. O. S. 432. A. M. Arnold a. a. O. Anm. 2.

Besitzer zu erholen; eine Verlängerung der Frist zum Vorbringen von Einreden, für welche überhaupt gar keine Frist vorgestreckt wurde, kann aber wohl nicht gegeben werden [4]).

Dafür spricht endlich der Schlußsatz des §. 52 des Hyp.Ges., daß es bezüglich älterer Rückstände bei den Vorschriften der Prozeßordnung bleibe. Für solche ältere Rückstände an Zinsen haftet der dritte Besitzer nie [5]).

Es ist also nicht nur nach dem Wortlaute, sondern auch nach dem Inhalte des §. 52 des Hyp.Ges. nur von dem Schuldner, der zugleich Besitzer ist, die Rede, und da der Hypothekenzinsklage nicht auch, wie dieß bei der Hypothekklage der Fall ist, gegen den dritten Besitzer erwähnt wird, wird sich eine extensive Interpretation für die Zulässigkeit der Hypothekzinsklage gegen letzteren kaum rechtfertigen lassen.

Der §. 58 des Hypothekengesetzes spricht von den Regreßansprüchen des dritten Besitzers, wenn er durch die dingliche Hypothekklage aus dem Besitze des Gutes gekommen ist.

Nirgends wird aber von den Regreßansprüchen des dritten Besitzers gesprochen, wenn er durch die dingliche Hypothekzinsklage aus dem Besitze gekommen ist, welcher Fall bei ihrer Zulässigkeit ge-

---

[4]) Der Beklagte kann wohl, statt Zahlung zu leisten, wie im unbedingten Mandatsprozesse Einreden vorbringen, es müssen ihm aber doch solche vor der Exekution schon zu Gebote stehen, er muß sie kennen, ehe die Frist abläuft und die Exekution vollzogen wird. So kann er z. B. nicht wissen, ob der Schuldner, resp. frühere Besitzer schon Zahlung geleistet hat oder nicht.

[5]) Abgesehen natürlich hier wie auch sonst von der Uebernahme der Verbindlichkeiten des Schuldners als eigene Schuld.

gen den dritten Besitzer natürlich eintreten kann, und in welchem Falle, weil das Gesetz ausdrücklich nur bei der Hypothekklage einen Regreß gestattet, ein solcher bei der Hypothekenzinsklage nicht statt finden könnte, was die offenbarste Ungerechtigkeit wäre; es liegt also auch hierin ein Grund für die Unzulässigkeit der Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer.

Man könnte zwar einwenden, daß die Hypothekenzinsklage (gleichwie die Hypothekklage) dem dritten Besitzer gegenüber gar keine eigentliche dingliche Klage sei, indem eine Schuldforderung eingeklagt werde [6]), daher auch gegen den dritten Besitzer wie gegen den ursprünglichen Schuldner verfahren werden müsse; allein abgesehen davon, daß die Ansicht, die Hypothekklage (und Hypothekzinsklage) dem dritten Besitzer gegenüber sei nicht rein dinglicher Natur, kontrovers ist, und namentlich auch den Wortlaut des Gesetzes gegen sich hat, welcher sie als dingliche Klage dem dritten Besitzer gegenüber ausdrücklich bezeichnet [7]) und eine persönliche Klage nur in dem Falle zuläßt, wenn der dritte Besitzer für die übernommenen Forderungen als Schuldner eingetreten ist [8]), welche Eigenschaft ihm also außerdem nicht anklebt, kann auch bei der Richtigkeit der erwähnten Behauptung in dieser kein Grund liegen, das Verfahren nach §. 52 des Hyp.Ges. gegen den dritten Besitzer auszudehnen, weil Wortlaut und Sinn des Gesetzes von dieser Ausdehnung nichts weiß und die Haftbarkeit des dritten Besitzers durch das Verfahren selbst nicht alterirt wird.

Es liegt auch darin keine Gefährdung für die Hypothekgläubiger, wenn man die Hypothekenzinsklage

---

[6]) Vgl. die oben Anm. 1 angeführte Stelle aus Seufferts Komm. z. GO. und die dort allegirten Stellen. S. auch Bl. f. RA. Bd. XX Erg. Bl. S. 14.

[7]) §§. 57 und 58 des Hyp.Ges.

[8]) §. 56 u. f. des Hyp.Ges.

gegen den dritten Besitzer nicht gestattet, weil dieser mit dem Hypothekenobjekte doch nie weiter haften kann, als es die §§. 42 und 54 des Hypothekenobjekts vorschreiben, und weil, wenn ein Hypothekenobjekt, bei welchem zweijährige Zinsen im Rückstande sind, auf einen neuen Besitzer übergeht, dem Gläubiger doch nichts übrig bleibt, als wegen der Zinsen aus dem Zeitraume, der außerhalb der Sphäre dieser Haftbarkeit des dritten Besitzers liegt, die persönliche Klage gegen den früheren Besitzer resp. Schuldner geltend zu machen. Wie der Gläubiger auf der einen Seite hier in Folge seines Zuwartens gegen seinen Schuldner die dingliche Klage verloren hat, so verliert er in Folge desselben Zuwartens das privilegirte Verfahren überhaupt dem dritten Besitzer gegenüber; haftbar bleibt ihm dieser aber ja immer nach §. 42 und §. 54 des Hyp.Ges. und er kann diese Haftbarkeit in jedem anderen zulässigen Verfahren in Anspruch nehmen.

Die Autorität Gönner's, als Verfassers des Hypothekengesetzes, kann nicht zur Entkräftung der hier vertretenen Ansicht geltend gemacht werden, da der Inhalt und Wortlaut dieses Gesetzes der Ansicht Gönner's widerspricht.

Aber selbst, wenn man die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer zulassen wollte, könnte sich diese nur auf das letztverflossene Zinsjahr, nicht auch auf den Zins des laufenden Zinsjahres erstrecken. Für ein weiter zurückliegendes Zinsjahr, als das letztverflossene, haftet der dritte Besitzer, wie erwähnt, nicht, und ein Zins muß erst verfallen sein, wenn er eingeklagt werden will. Wollte man die Hypothekenzinsklage dem dritten Besitzer gegenüber, so weit als er überhaupt mit dem Hypothekenobjekte haftet [9]), also auch auf den Zins des laufenden Zins-

[9]) Gönner a. a. O. kommt mit sich selbst in Widerspruch, da er die Hypothekenzinsklage für den Zins

jahres erstrecken, so würde man zu der Anomalie kommen, daß der Hypothekgläubiger den alle acht oder vierzehn Tage oder alle Monate ꝛc. verfallenen Zins immer besonders mit der Hypothekenzinsklage einklagen könnte; der dritte redliche Besitzer wäre also viel schlimmer daran, als der Schuldner und resp. frühere Besitzer des Hypothekenobjektes. —

Verschieden von der hier erörterten Frage, die nur den Fall vor Augen hat, daß der Zins verfallen war, ehe das Hypothekenobjekt in den Besitz eines neuen Erwerbers kam, ist die Frage von der Haftung des neuen Erwerbers für die während seines Besitzes verfallenen Zinsen. Denn wenn er auch aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nicht entnehmen kann, daß aus der Zeit vor seinem Erwerbe Zinsen rückständig sind, so muß er doch hieraus ersehen, daß auf dem erworbenen Immobile verzinsliche Hypothekkapitalien haften. Die während seines Besitzes verfallenden Zinsen erscheinen daher als seine eigene Schuld [10]); für diese Zinsen kann er also gerade wie der frühere Besitzer und ursprüngliche Schuldner mit der Hypothekenzinsklage belangt werden. Kleiner.

Nachschrift des Herausgebers. Im Komment. ü. d. GO. handelt es sich nicht von dem civilrechtlichen Umfange der Zinsenforderung, sondern nur von dem prozeßrechtlichen Umfange der im §. 52 des Hyp. Ges. bestimmten Art des Verfahrens. Es versteht sich von selbst, daß die Gränzen der civilrechtlichen Haftung, wie überhaupt die Einklagungs-Befugnisse, so auch die Geltendmachung in einer günstigeren Art des Verfahrens begränzen. Indessen erscheint ein Zusatz

---

des laufenden Jahres ausschließt und sie doch in dieser Richtung gegen den dritten Besitzer zuläßt.

[10]) Gönner a. a. O. S. 448.

zu der betreffenden Stelle des Kommentars (Aufl. II. Bd. II. S. 75 Nr. 3.):

„so weit derselbe (vgl. §. 42 des HG.) für die Zinsen der Hypothekforderung haftet"

immerhin als angemessen.

In der Hauptsache ist die scharfe und gründliche Kritik, welcher die im Kommentar adoptirte Ansicht in vorstehendem Aufsatze unterzogen wird, wohl geeignet, Zweifel über die Richtigkeit derselben zu erwecken. Insbesondere hat die Annahme des Verfassers, daß bei Abfassung des §. 52 an den dritten Besitzer nicht gedacht worden, sehr gewichtvolle Gründe für sich. Aber aus dem Umstande, daß die Frage der Erstreckung auf den dritten Besitzer dem Gesetzgeber nicht vorgeschwebt haben mag, läßt sich nicht auf dessen Intention schließen, das eigenthümliche Verfahren des §. 52 gegen den dritten Besitzer nicht eintreten zu lassen. Mit dem §. 49 des HG. beginnt eine auch den §. 52 umfassende Unterabtheilung, zu Normen über die Wirkungen der Hypothek in Ansehung des Gläubigers bestimmt. Diese Unterabtheilung hat es mit Vorschriften darüber zu thun, welche Rechtsverfolgungsmittel und Wege dem Gläubiger zufolge der erworbenen Hypothek zu Gebote stehen, ohne daß die Beantwortung der Frage, ob und wiefern er sich dieser Mittel und Wege nur gegen den Schuldner oder auch gegen den dritten Besitzer der Hypothekfache bedienen könne, im Bereiche der nächsten Aufgabe lag. Eben deswegen ist dem Umstande, daß in §. 52 nur auf den gewöhnlichen, der Erwägung sich zunächst darbietenden Fall der Verklagung des Schuldners Bezug genommen wurde, keine ausschließende Bedeutung beizumessen. Hätte der Gesetzgeber die Bestimmungen des §. 52 in ihrer Wirkung auf die Richtung gegen den Schuldner zu beschränken beabsichtigt, so würde er ihnen

wohl einen Platz in der dritten Unterabtheilung (von den Wirkungen der Hypothek in Ansehung des Schuldners) gegeben haben; etwa nach dem ersten Absatze des §. 46, indem die Beschränkung im Gebrauche der dem Schuldner etwa zustehenden Einreden eine wesentliche Eigenschaft der im §. 52 eingeführten Hypothekzinsklage bildet. Die fünfte Unterabtheilung (Wirkungen der Hypothek in Ansehung des dritten Besitzers) steht in einem Gegensatzverhältnisse, wohl zur dritten, nicht aber zur vierten Unterabtheilung (in Ansehung des Gläubigers), so daß sich die Bestimmungen dieser vierten gleichmäßig auf den Inhalt der dritten wie der fünften beziehen lassen, ohne daß dafür besondere Hinweisungen auf die einzelnen §en vorliegen müßten. Allerdings passen einige Bestandtheile des §. 52 nicht auf den dritten Besitzer; aber dieser Umstand bestätigt nur die Annahme, daß man bei Abfassung des §. 52 die besondere Lage des dritten Besitzers nicht vor Augen gehabt und nicht in Erwägung gezogen habe. Eben so wenig hat der Gesetzgeber bei Abfassung der Schlußstelle des (gleichfalls zur vierten Unterabtheilung gehörigen) §. 53 den Gegensatz von Schuldner und drittem Besitzer vor Augen gehabt. Gleichwohl wird Niemand behaupten wollen, daß die Worte:

„Jedoch kann der Schuldner den Pfandinhaber, ohne Zuziehung des Verpfänders, nicht bezahlen"

auf den dritten Besitzer keine Anwendung finden, und dieser (zur Freimachung seines neuerworbenen Besitzthums) den Pfandinhaber ohne Zuziehung des Verpfänders bezahlen könne. Man erkennt aus der Vergleichung dieser Gesetzstelle, daß ein den dritten Besitzer nicht ausschließender Gebrauch des Wortes „Schuldner" unserem Gesetzgeber wohl zuzutrauen ist. Dafür, daß die Richtung gegen den

dritten Besitzer nicht ausgeschlossen werden wollte, mag allerdings Gönner's Meinungsäußerung zur Gewähr dienen, wenn man auch guten Grund haben mag, diesen Kommentator als Bürgen für die positive Annahme, daß die Erstreckung auf den dritten Besitzer speziell beabsichtigt war, nicht gelten zu lassen. Der Erstreckung steht jedenfalls (was für den Standpunkt der analogen Anwendung von Gewicht) auch die ratio juris zur Seite; diese ist immer darauf gerichtet, dem Berechtigten so sicher und rasch, als möglich, zum Genusse seines Rechtes zu verhelfen.

Diese Gründe sprechen für die im Kommentar adoptirte Meinung. Eine Entscheidung der sehr zweifelhaften Frage im Wege der Gesetzgebung oder durch die Autorität eines oberstrichterlichen Plenarbeschlusses wäre zu wünschen.

In den Motiven eines Erk. v. 23. Nov. 1855 (Reg.Nr. $1503^{54}/_{55}$) hat sich der oberste Gerichtshof, wie folgt, ausgesprochen:

„So wenig der ursprüngliche Schuldner und frühere Besitzer des Hypothekenobjekts sich gegen den Anspruch auf sofortige Entrichtung der nach §. 52 des Hypothekengesetzes bevorzugten Zinsen dadurch allein schützen kann, daß er Einwendungen gegen die Kapitalforderung erhebt, eben so wenig kann dies ein späterer Besitzer, eben weil in diesem zur Aufrechthaltung und Befestigung des Kredits eingeführten beschleunigten Verfahren nur sofort liquidirliche Einreden gegen den Rechtsbestand der Forderung, hinsichtlich des Kapitals sowohl als der Zinsen, Berücksichtigung finden können.

Der eventuelle Antrag, die Zinszahlung auf die Zeit vom 24. Dez. 1852 an zu beschränken, stützt sich auf §. 42 des Hypothekengesetzes, wornach sich die Hypothek nur auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorhergegangenen Jah-

res erstreckt, dann auf §. 43, wonach wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen gegen den dritten Besitzer das dingliche Recht auf die hypothezirte Sache nicht geltend gemacht werden kann. Dies ist nun allerdings richtig; allein in demselben §. 43 ist auch weiter bestimmt, daß wegen dieser weiter rückständigen Zinsen durch besondere Eintragung eine eigene Hypothek erworben werden kann, deren Wirksamkeit gegen dritte Besitzer der Sache von der Zeit ihrer Eintragung anfängt; und diese besondere Hypothek ist im vorliegenden Falle vom Gläubiger dadurch erworben worden, daß er spezielle Zinsenkaution in einem dessen gegenwärtige Zinsenforderung erreichenden Betrage hat eintragen lassen. Diese Thatsache ist beklagterseits nicht bestritten; dagegen wird behauptet, die Kaution sei nur Sicherungsmittel für die privilegirten zweijährigen Zinsen, wenn nicht der Eintrag auf einen bestimmten Betrag älterer Zinsrückstände erfolge. Eine solche Behauptung ist aber im Gesetze nicht begründet; auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorhergehenden Jahres erstreckt sich die Hypothek schon dem Gesetze nach, dieselben bedürfen daher keiner besonderen Sicherung; die Behauptung aber, daß die durch Eintragung einer Kaution [11]) für weitere Zinsen erlangte Hypothek wirkungslos sei, wenn sie in höherem Betrage stattgefunden als zur Deckung der Zinsen auf zwei Jahre, ausschließlich des laufenden, erforderlich, ist von der Art, daß eine ernstliche Widerlegung als offenbar überflüssig erscheint."

---

[11]) Dieser Ausdruck ist hier gebraucht im Gegensatze eines Eintrags zur Sicherung bestimmter Zinsrückstände von angegebenem Betrage.

Mittheilungen aus der Praxis.

Mithut auf einer Gemeindemarkung, dem Weideberechtigten gegenüber. Eidesleistung durch Einige aus einer größeren Anzahl von Streitgenossen.

Vgl. Bd. X S. 28; Bd. XI S. 155; Bd. XIII S. 384, 398; Bd. XVI S. 92; Bd. XIX S. 77.

Es handelte sich in einem Rechtsstreite von der Mithut auf der Markung G., welche der größere Theil der dortigen Grundeigenthümer dem Weideberechtigten gegenüber in Anspruch nahm. Von Seite der Kläger sollte ein Haupteid geschworen werden. In dieser Beziehung wurde darüber gestritten, ob alle klägerische Streitgenossen zu schwören schuldig seien, oder ob die Eidesleistung durch Einige derselben genüge. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Allerdings kann im Falle der Theilbarkeit des Streitgegenstandes die Ableistung des Eides nur von Einem oder Einigen der Streitgenossen den übrigen nichts nützen, und die Verweigerung desselben von Seite der Andern Denjenigen, welche schwören, auch nicht präjudiziren. Denn es streitet hier jeder der Konsorten für seinen Antheil, und die zugelassene Klagenhäufung begründet die Folgerung nicht, daß die Ableistung des Eides von Seite des Einen den Andern zu gut komme. Bei der Untheilbarkeit des rechtlichen Interesse jedes Streitgenossen an dem Streitobjekt, und dem auf das ganze Rechtsverhältniß gerichteten Zweck der Klage für jeden Einzelnen dagegen muß der Deferent in Ansehung des Ganzen unterliegen, wenn auch nur ein und der andere der Streitgenossen durch Ableistung des Eides den Sieg erringt. Wenn auch nicht von Allen geschworen, erstreckt sich der Eid doch immer auf das ganze Rechtsverhältniß,

fr. 28 pr. §. 3 de jurejur. (12, 2),
und aus diesem Grunde kann dem Deferenten das Recht nicht eingeräumt werden, die das ganze Rechtsverhältniß erfassende Wirkung des Eides davon abhängig zu machen, daß jeder einzelne Streitgenosse denselben ableiste.

Die Behauptung der Revidentin nun, daß vorliegend jeder der klägerischen Konsorten nur wegen seines Grundstücks klagend aufgetreten sei, ist unrichtig. Denn die Klage bestreitet wörtlich..... das ausschließende Schafhutrecht der Beklagten auf der Goßmannsdorfer Markung. Auch das Petitum der Klage geht dahin, daß erkannt werde, es stehe der Beklagten..... das ausschließende Hutrecht auf Goßmannsdorfer Markung nicht zu. Eben so wird sich in der Exzeption für..... die Ausschließlichkeit des fraglichen Rechts auf den Umstand gestützt, daß die Goßmannsdorfer Ortsnachbarn vor 40 Jahren das Mithüten auf den fraglichen Distrikten der Markung unternommen, der Goßmannsdorfer Schäfer sich aber mit seinen Schafen auf sofortige Protestation des gutsherrlichen Schäfers entfernt, daß sodann auch der gutsherrliche Beamte bei der Gemeinde Goßmannsdorf und den dortigen Einwohnern eine schriftliche Protestation eingelegt, und daß die Goßmannsdorfer sich dabei beruhigt hätten. Auch wurde früher der Einwand des Mangels der legit. ad causam act. eben deßwegen verworfen, weil es sich um eine Markungsangelegenheit handle..... Aus den Verhandlungen ergibt sich also, daß nicht das Hutrecht auf dem einzelnen Grundstück jedes einzelnen Klägers den Streitgegenstand ausmacht, sondern daß es sich von der Goßmannsdorfer Markung als dem praedium serviens handelt, von dem Rechte der Mithut, welches für die Ortsnachbarn aus dem Gemeinde- und Markungsverbande — jure communitatis — sich ableitet und auf einer gegenseitigen Weide-

servitut unter den grundbesitzenden Ortsnachbarn beruht, indem das Grundstück jedes Einzelnen als Theil der Markung zugleich ein herrschendes und ein dienendes Gut ist. Dieses Rechtsverhältniß ist vorliegend in Frage, weil die Beklagte durch das ihr auf der Markung als solcher zustehende Hutrecht die Koppelhut der Ortsnachbarn auf der Markung ausschließen will. Das Interesse eines jeden der Kläger umfaßt nothwendig gegenüber der Beklagten das Mithutrecht aller Mitkläger auf den mit dem Hutrecht der Beklagten belasteten Distrikten der Markung, und ist sohin kein theilbares. Die Beklagte könnte nicht gegen einen Theil der Kläger ein ausschließendes und gegen den andern ein konkurrirendes Weiderecht haben, ohne dadurch den letzteren in dem Weiderechte, welches unter den grundbesitzenden Ortsnachbarn gegenseitig besteht, zu beeinträchtigen, und ihm den Erfolg des prozessualischen Siegs wieder zu entziehen.

Aus diesen Gründen wurde das zweitrichterliche Erkenntniß, auf Eidesleistung durch Schwurmänner aus der Mitte der Kläger, oberstrichterlich bestätigt.

OAGE. v. 11. Januar 1853. Nr. $1632^{48}/_{49}$.

Philipp Geigel,

Oberappellationsgerichtsrath in Ruhestand.

Nekrolog [1]).

Die Gebrechen unserer Rechtspflege lassen eine gründliche Heilung nur von der Gesetzgebung hoffen; aber eine Milderung ihrer nachtheiligen Einflüsse kann durch Doktrin und Praxis herbeigeführt werden; durch eine sich vom Buchstaben-Kultus emanzipirende, vom Geist der Gesetze und den Grundgedanken der Rechtsinstitute be-

[1]) Vgl. Allgemeine Zeitung vom 12. Dez. 1855 S. 5521.

seelte Auslegung, durch weises Maßhalten in Handhabung der formellen Vorschriften, durch Widerstand gegen Schlendrian und Nummernerledigungssucht, durch warmen Eifer für den Sieg des materiellen Rechtes. Wie einst auf Anregung von Labeo „ingenii qualitate et fiducia doctrinae" die Bahn zu vielen Verbesserungen gebrochen wurde [2]), so ist auch in unseren Tagen das ernste Streben vaterländischer Rechtsgelehrten nicht ohne Frucht geblieben, und manche der Neuzeit angehörige Aenderung in Behandlung der Aufgaben des Richteramtes ist der Sache der Gerechtigkeit wahrhaft zu Gute gekommen. Zu den Männern, welche sich in solcher Weise um Vaterland und Gerechtigkeit rühmenswerthe Verdienste erwarben, gehört ein am 1. Nov. 1855 verstorbener Mitarbeiter unserer Zeitschrift, Oberappellationsgerichtsrath Philipp Geigel aus Würzburg (geb. den 15. Sept. 1791). Es war ein biederer, fester, nicht minder menschenfreundlicher Justizmann, der Pflege des guten Rechtes nicht nur mit allen Kräften seines wohlbegabten Geistes, sondern auch mit dem warmeu Herzen zugethan. Dieser lebendige Berufseifer machte ihn auch zum Schriftsteller. Es drängte ihn, der erkannten Wahrheit auch außer der Sphäre seines amtlichen Wirkens Geltung zu verschaffen. Fhr. v. Zurheins Beiträge und Zeitschrift und die Blätter für Rechtsanwendung haben eine Reihe von praktischen Erörterungen aus Geigel's Feder, und damit eben so viele Bereicherungen der betreffenden Doktrin geliefert. Er hatte die Gabe, seine Aufgabe am rechten Flecke anzugreifen und den Kern der Frage gehörig herauszuschälen; mit Umsicht erwog er alle praktischen Beziehungen und Verwicklungen des nächsten Gegenstandes seiner Betrachtung, und bewährte in Aufstellung und Ausführung seiner Meinung überall den gründlich forschenden selbstständig und scharf denkenden Geist. Die wissenschaftliche Bearbeitung seines heimathlichen, des fränkisch-würzburgischen Rechtes war die mit Vorliebe gepflegte Beschäftigung in der Muße seiner letzten Lebensjahre. In Folge eines im J. 1853 erlittenen Schlaganfalls hatte er sich genöthigt gesehen, um Versetzung in den Ruhestand nachzusuchen.

---

[2]) Vgl. fr. 2 §. 47 de origine juris (2, 1).

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 12. April 1856. 21. Jahrgang. № 8.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung. — Haftung des k. Fiskus für Beschädigungen durch Beamtennachlässigkeit, insbesondere bei Erhebung und Verabfolgung von Inserationsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalveränderungen. — Arrest zur Sicherung des später Vorfallenden. Miethe auf eine Reihe von Jahren. — Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerei oder Bestandtheil des Flußbettes sei?

Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung.

Von Franz Samhaber.

Durch Erkenntniß vom 5. November 1855 in Sache B. von H. und vom 24. desselben Monats in Sache J. R. von J. hat sich der oberste Gerichtshof dahin ausgesprochen, die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung sei nicht Polizeiübertretung, sondern Vergehen.

Die gegentheilige Ansicht, welche von den k. Appellationsgerichten zu Neuburg und Aschaffenburg in den zwei beregten Untersuchungssachen vertreten wurde, und auch des Beifalles angesehener Mitglieder der k. Staatsanwaltschaft sich bereits zu erfreuen hatte, dürfte aus so überwiegenden Gründen den Vorzug verdienen, daß ein Versuch, diese Auffassung zu rechtfertigen, wohl am Platze sein mag.

I.

Sieht man von den oberstrichterlichen Gegengründen vorläufig ab, so ergeben sich zunächst fol-

gende in den erwähnten Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes nicht näher gewürdigte Beweise dafür, daß die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung den „Polizeiübertretungen", jedenfalls „denjenigen Uebertretungen, welche weder Verbrechen noch Vergehen sind," angehöre.

1) Unter eine höhere Klasse des Strafsystems läßt sich eine verbotene Handlung nur dann einreihen, wenn das Gesetz die schwerere Qualifikation unzweideutig sanktionirt hat; wie die Strafe überhaupt, so setzt auch der höhere Strafgrad eine gesetzliche Vorschrift voraus.

In Bayern knüpfen sich an den Begriff „Vergehen" so tiefeingreifende staatsbürgerliche Folgen (Ausschluß von jeder Theilnahme an Gemeinde-, Distrikts- und Kreisvertretung), daß doppelter Grund besteht, eine strafbare Handlung nur bei zweifellos nachgewiesenem Willen des Gesetzgebers den „Vergehen" beizuzählen.

Die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung nun ist in den Gesetzen, insbesondere in dem Spezialgesetz vom 28. Mai 1852, weder ausdrücklich noch mittelbar als „Vergehen" erklärt, indem namentlich das Wort „Gefängniß," wie später zu zeigen, hiefür keineswegs entscheidet; schon wegen Mangels einer die Vergehenseigenschaft klar feststellenden Rechtsnorm muß daher diese Qualifikation Beanstandung finden.

2) Das Strafgesetzbuch von 1813 bezeichnet in Art. 2 Abs. 3 des ersten Theiles die „Vergehen" als Rechtsverletzungen — ein Erforderniß, welches bei Aufstellung der einzelnen Vergehen folgerichtig durchgeführt und in zahlreichen Stellen der Anmerkungen betont worden ist; dagegen werden die „Polizeiübertretungen" in dem nämlichen Art. 2 (vgl. Anmerk. Bd. I S. 79–80) zunächst

und prinzipmäßig definirt als „Handlungen oder Unterlassungen, welche zwar an und für sich selbst Rechte des Staates oder eines Unterthans nicht verletzen, jedoch wegen der Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten oder geboten sind.“

Eine keiner Mißdeutung fähige Paraphrase des grundsätzlichen Unterschiedes zwischen Verbrechen und Vergehen einerseits und Polizeiübertretungen andererseits findet sich in den Anmerkungen zum Strafgesetzbuch (Bd. I S. 23—25; vgl. auch S. 69): die der Justizgewalt anheimfallenden Reate, d. h. eben die Verbrechen und Vergehen, sind „unerlaubte Handlungen, welche unmittelbar den äußeren Rechtszustand stören; welche eine Verletzung der Rechte des Staates oder eines Privaten enthalten, oder wenigstens nach ihrer äußeren Beschaffenheit und nach der Absicht des Handelnden auf einen Angriff oder eine Verletzung solcher Rechte gerichtet sind.“ Handlungen dieser Art „sind unerlaubt aus rein juristischen Gründen; sie sind es zu allen Zeiten, unter allen Verhältnissen; ihr Verbot ist mit unauslöschlichen Zügen in das Herz eines jeden vernünftigen Menschen geschrieben.“ — Die „Polizeiübertretungen“ hingegen werden geschildert als „Handlungen, welche zwar nicht unmittelbar eine Verletzung oder Störung des Rechtszustandes enthalten, aber wegen ihrer nachtheiligen Folgen für die öffentliche Ordnung oder wegen ihres mittelbaren Einflusses auf Sicherheit, Sittlichkeit und Wohlstand dem Staate nicht gleichgültig sein können, daher unter Strafe geboten oder verboten werden müssen.“ Die Handlungen dieser zweiten Art „sind oft, an sich betrachtet und abgesehen von ihren möglichen Folgen, rechtlich gleichgültig, sie werden aus rein politischen Gründen verboten und hängen von Zeiten, Umständen, Charakter und Sit-

ten der Nationen, besonderen Einrichtungen und anderen zufälligen Umständen ab."

Zwar sind die prinzipiellen Gränzen der „Polizeiübertretungen" durch Aufnahme gewisser geringerer Rechtsverletzungen einigermaßen erweitert worden; keineswegs aber hat umgekehrt das Gebiet der „Vergehen" einen Zuwachs aus solchen Handlungen gewonnen, die begriffsmäßig den „Polizeiübertretungen" angehören.

Wendet man nun die Legaldefinitionen des Strafgesetzbuches von „Vergehen" und „Polizeiübertretungen", dann die eben ausgehobene Charakteristik der Anmerkungen über beide Arten strafbarer Handlungen auf die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung an, so läßt sich keinen Augenblick zweifeln, daß dieselbe einzig unter den Begriff „Polizeiübertretung" paßt.

Die Parzellirung des landwirthschaftlichen Grundbesitzes, Jahrzehnte hindurch von der Staatsgewalt positiv gefördert und auch jetzt noch an sich völlig erlaubt, wird nur durch subjektive Bedingungen: durch die dreimal bethätigte gewinnsüchtige Absicht — in ein verpöntes Unternehmen umgewandelt; auch bei gewerbsmäßigem Betrieb fehlt allenthalben das Merkmal „Rechtsverletzung." Das Gesetz, die gew. Gutsz. betr. vom 28. Mai 1852, entbehrt durchaus eines juristischen Fundamentes und ist lediglich aus Gründen des öffentlichen Wohles, aus staatswirthschaftlichen und politischen Rücksichten in's Dasein getreten. Die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung ist bei der dermaligen besorgnißerweckenden Atomisirung des Bodens für unverträglich erachtet worden nicht mit dem äußeren Rechtszustande, sondern mit den Anforderungen der Volkswirthschaft und Politik; die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung erscheint als eine Auflehnung gegen die Wirthschaftspolizei des Staates, daher

recht eigentlich als „Polizeiübertretung" — als ein mustergültiges Beispiel zur Veranschaulichung des Wesens von „Polizeiübertretung", wie solches in den Anmerk. z. StGB. Bd. I, S. 23–25 entwickelt wird, während die Einreihung unter die „Vergehen" bei dem Mangel des hierzu wesentlichen Merkmals „Rechtsverletzung" sich als unzulässig darstellt.

3) Auch nach den Forschungen der Wissenschaft wie nach allen Gesetzgebungen der Neuzeit, insbesondere den bayerischen Entwürfen, sind die „Vergehen" in der Regel aus dem Gesichtspunkte der Rechtsverletzung, die geringeren „Uebertretungen" aber (die in unserem bis jetzt geltenden Strafsysteme sogenannten „Polizeiübertretungen" in überwiegendem Umfange aus dem Gesichtspunkt der Rechtsgefährdung oder der Unverträglichkeit mit dem öffentlichen Wohle mit Strafe bedroht; nur wenige Handlungen, die nicht zu den Rechtsverletzungen zählen, welche aber dafür (was bei der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung nicht zutrifft) die sittliche Weltordnung und damit die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft und des staatlichen Lebens antasten, sind hier und da in die Klasse der „Vergehen" aufgenommen. Demnach kann, auch abgesehen von dem (übrigens gerade vom obersten Gerichtshofe gewählten) Sonderstandpunkte des Strafgesetzbuches von 1813 nebst Anmerkungen hierzu, die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung ihrem inneren Wesen nach nur als „Uebertretung" oder „Polizeiübertretung", nicht als „Vergehen" aufgefaßt werden, wie denn auch der im Jahre 1854 veröffentlichte, mithin dem Gesetze über die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung vom 28. Mai 1852 nachgefolgte, Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen diesem Reate keine Stelle eingeräumt hat.

4) Zu den bisherigen allgemeineren Erwä-

gungen gesellen sich Gründe aus dem eben erwähnten Spezialgesetze vom 28. Mai 1852, dessen Art. 7 verordnet:

„Die Untersuchung und Aburtheilung der Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes richtet sich sowohl bezüglich der Zuständigkeit der Gerichte, als bezüglich des Verfahrens nach den für die Behandlung von Vergehen bestehenden Vorschriften."

Hätte der Gesetzgeber die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung als „Vergehen" erklären wollen, so würde in einfachster Weise das Wort: „Vergehen" genügt haben, um sowohl die materielle Eigenschaft der That zu bestimmen als auch zugleich die Zuständigkeit und das Verfahren von selbst zu regeln. Statt dessen wurden aber die gewerbsmäßigen Gutszertrümmerungen mit wohlbedachter Vermeidung des Ausdrucks „Vergehen" lediglich als „Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes" umschreibungsweise bezeichnet, und nur bezüglich der Zuständigkeit der Gerichte wie des Verfahrens die für Vergehen bestehenden Vorschriften als maßgebend erklärt. Die Begriffe: „Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes" einerseits und „Vergehen" andererseits sind im Sinne des Art. 7 nicht identisch, sondern stehen im Gegensatze, der nur in prozessualischer Beziehung durch ausdrückliche gesetzliche Gleichstellung aufgehoben wird; gerade diese beschränkte Gleichstellung dient zum Beweise, daß im Uebrigen, nämlich auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts, eine Verschiedenheit der Qualifikation anerkannt werden wollte.

5) Die Motive zu Art. 11 des Entwurfs eines Gesetzes über Gutszertrümmerungen, welcher Artikel als Art. 7 unverändert in das Gesetz vom 28. Mai 1852 überging, knüpfen an die Rechtfertigung der in Antrag gebrachten strengen Strafen folgende Betrachtung:

„Aus der Beschaffenheit jener Strafbestimmungen fließt aber auch zugleich die Rechtfertigung der im Art. 11 aufgestellten Vorschrift, da es bedenklich sein würde, die Verfügung so bedeutender Strafen in die Hände von Einzelnrichtern zu legen und an das für gewöhnliche Polizeiübertretungen vorgeschriebene summarische Verfahren zu knüpfen.“ (Verh. d. K. d. Abg. 1852. Beilagenband IV. S. 285.).

Diese Motivirung ist mit der Vergehenseigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung schlechthin unvereinbar; denn unter Voraussetzung dieser Eigenschaft verstünde sich die Verhandlung vor Kollegialgerichten nach den für Vergehen bestehenden Vorschriften mit Naturnothwendigkeit ganz von selbst, und hätte man an ein polizeiliches Verfahren vor Einzelnrichtern weder jemals denken können, noch viel weniger nöthig gehabt, ein solches Verfahren durch eigene Normen erst auszuschließen. Wenn also die Motive in der prozessualischen Gleichstellung der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung mit den Vergehen augenscheinlich eine Anomalie erblicken, welche einer besonderen Rechtfertigung bedarf und letztere durch die Schwere der angedrohten Strafen auch wirklich findet, so kann der fragliche Reat nach seiner materiellen Eigenschaft unmöglich ein „Vergehen“ sein.

Indem die ausgehobene Stelle der Motive die Vergehensqualität ausschließt, anerkennt dieselbe noch zu allem Ueberflusse die Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung als „Polizeiübertretung“ auch dadurch, daß dieselbe anderen (den „gewöhnlichen“) Polizeiübertretungen nur insofern gegenübergestellt wird, als bei der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung das Strafmaximum eigenthümlich hoch gegriffen ist und deßhalb bezüglich der richterlichen Zuständigkeit und des Verfahrens größere Garantien Bedürfniß waren.

Bringt man endlich die Motive zu Art. 11 (nun Art. 7), wornach das Verfahren und die Kompetenz nach den für Vergehen bestehenden Vorschriften bloß deßhalb normirt wurde, weil „es bedenklich wäre, die Verfügung so bedeutender Strafen in die Hände von Einzelnrichtern zu legen und an das für gewöhnliche Polizeiübertretungen vorgeschriebene summarische Verfahren zu knüpfen," — in Zusammenhalt mit Art. 17 des Ges. v. 25. Juli 1850 die Gerichtsverfassung betr., wo es heißt:

„Den Stadt- und Landgerichten (also nach Art. 2 desselben Gesetzes den Einzelrichtern) steht die Untersuchung und Aburtheilung derjenigen Uebertretungen zu, welche weder Verbrechen noch Vergehen noch Preßpolizeiübertretungen sind.

Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über die Behandlung der Polizeistrafsachen" —:

so ergibt sich mit noch größerer Evidenz, daß jedenfalls die Krone die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung ihrer materiellen Eigenschaft nach nicht als Vergehen ansah, sondern als einfache „Uebertretung" (Polizeiübertretung), welche an und für sich, wenn nicht um der hohen Strafe willen eine ausdrückliche Ausnahmsbestimmung getroffen worden wäre, der Herrschaft des alleg. Art. 17. anheimfiele.

In vollständigem Einklange mit den mehrgedachten Motiven zu Art. 11. resp. 7. des Ges. die gew. Gutsz. betr. steht der Bericht des Ausschußreferenten der Abgeordnetenkammer §. 11. (Verh. d. K. d. Abg. v. 1852 Beilagenband IV S. 352), worin die Uebertragung des bei Vergehen stattfindenden Verfahrens auf diese „Uebertretung" gleichfalls als eine nur durch Zweckmäßigkeitsgründe veranlaßte prozessualische Singularität, welche die rechtliche Eigenschaft der That nicht berührt, dargestellt wird,

wie aus den Worten: „Der Art. 11. . . . . entzieht die Bestrafung dieser Uebertretungen dem Einzelnrichter" u. s. w. — sehr einleuchtend hervorgeht.

Da nun überdieß beide Kammern ohne irgend eine Erinnerung gegen die Motive zu Art. 11 des Entwurfes und gegen das ebenbesagte Referat diesem Artikel (als Art. 7) in unveränderter Fassung beistimmten, so ist anzunehmen, daß alle Faktoren der Gesetzgebung denselben in dem ohnehin durch den Wortlaut unterstützten Sinne des Entwurfs aufrecht erhielten, somit die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung materiell als einfache „Uebertretung" oder „Polizeiübertretung" erklärten.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Haftung des k. Fiskus für Beschädigungen durch Beamtennachläßigkeit, insbesondere bei Erhebung und Verabfolgung von Inserationsgebühren. Einfluß dienstlicher Personalveränderungen.

Vgl. Bd. XV S. 190; Bd. XVI S. 346.

Die Wittwe W. brachte gegen den k. Fiskus klagend vor: in den J. 1827 bis 1844 habe sie resp. ihr Ehemann in die von ihnen verlegte Zeitung im Auftrage des k. Landgerichts A. amtliche Inserationen aufgenommen, für welche ein Gebühren Betrag von 536 fl. 55 kr. erwachsen sei. Diese Gebühren seien gegen amtliche Quittung von den Debenten zu erheben und vom Landgericht ihr (der Klägerin) abzuliefern gewesen. Der verstorbene Landgerichtsdiener F. habe dieselben auch erhoben,

aber unterschlagen. Derselbe sei in Konkurs verfallen gewesen, das Fiskalat habe die fraglichen Inserationsgebühren liquidirt, die Masse aber zu deren Tilgung nicht hingereicht. Daher werde die Haftung des k. Fiskus in Anspruch genommen. Von Seite des Verklagten wurde diese Haftung abgelehnt, indem solche nur den damaligen (später zu einer andern Stelle beförderten) Amtsvorstand treffe. In Beurtheilung dieser Rechtssache äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Wird im Einklange mit der Deduktion des Beklagten selbst das Rechtsverhältniß zwischen dem Aerar und dem Landgerichtsvorstand auf die vom Mandat geltenden Grundsätze zurückgeführt, so ergibt sich die Haftungsverbindlichkeit des Aerars im vorliegenden Falle schon um deßwillen, weil nicht widersprochen ist, daß derjenige Beamte, unter dessen Verwaltung des Landgerichts A. die fraglichen amtlichen Inserate bethätigt, die Gebühren vom Gerichtsdiener (angeblich) erhoben, aber nicht abgeliefert wurden, zur Zeit der Anstellung der Klage von dieser Amtsverwaltung durch Beförderung bereits entfernt war. Gemäß fr. 20 de instit. act. (14, 3) nämlich zessirt die Klage gegen den Mandatar, und findet nur gegen den Mandanten statt, wenn die Amtsverwaltung, in welcher der Mandatar mit dem Dritten in Verkehre stand und beschädigt wurde, beendiget ist;

vgl. fr. 5 §. 8, fr. 11 §. 4 de instit. act. (14, 3); fr. 5 §. 3 de doli mal. exc. (44, 4); Thibaut System d. PR. §. 873; Glück im Kommentar Bd. XIV S. 196 und S. 247;

. . . . . .

Diese Grundsätze finden auf das Verhältniß zwischen den Subjekten der Staatsämter, dem Fiskus und Dritten um so mehr sich rechtfertigende

Anwendung, weil Amtshandlungen eines Beamten als solche der Staatsgewalt selbst zu beurtheilen sind, und weil es nicht die individuelle physische Person des Beamten ist, mit welcher das den Dritten betreffende Rechtsgeschäft zu Stande kommt, sondern die Behörde selbst, welcher der Kontrahent sein Vertrauen zuwenden muß. Wenn also Beamte in ihrer Amtssphäre handeln, und sich in Bezug auf dieses Amtsgeschäft eine rechtswidrig den Dritten beschädigende Handlung zu Schulden kommen lassen, so kann sich der k. Fiskus als Repräsentant des Staats in dessen civilrechtlichen Beziehungen nicht zu seinem Schutze auf culpa des Beamten berufen. Diese ist vielmehr dem dritten Beschädigten gegenüber die eigene des k. Fiskus und von ihm selbst zu vertreten, während für das zwischen dem Beamten und dem Staate bestehende Rechtsverhältniß die Vorschriften der C. 13 und 21 in fine mandati v. contra (4, 35) entscheiden, wornach der Mandatar dem Mandanten für jeden Grad der culpa einzustehen hat. — Zwar führt das k. Fiskulat dagegen an, daß hier Beschädigung des Dritten durch Negligenz des Beamten in Frage sei, daß diese einen excessus mandati involvire, dieser aber ein factum illicitum ausmache, welches den Staat nicht verpflichte, weil dessen Haftung jedenfalls ein factum licitum officialis nach der von Stryk und Leyser aufgestellten (auch von Kreittmayr ad cod. civ. Bd. V Kap. 24 §. 14 berührten) Theorie voraussetze. Allein nach den vom Mandate geltenden Rechtsgrundsätzen, auf welche es bei dem Mangel besonderer gesetzlicher Bestimmungen auch in Ansehung des Umfangs der Haftung des Fiskus anzukommen hat, haftet der Mandant dem Dritten nur aus solchen Handlungen des Mandatars nicht, welche dieser über die Gränzen des Mandats hinaus nicht in der Sache

des Mandanten, sondern wie in eigener Sache vorgenommen hat, während, was der Mandatar von Kommissions wegen mit dem Dritten handelt, so anzusehen ist, als hätte es der Prinzipal selbst gethan. Daraus folgt, daß die Haftung des Staats für Beamte Dritten gegenüber eine Amtshandlung des Beamten voraussetzt, und dieß ist es, was die Rechtslehrer factum licitum nennen, nämlich eine Handlung, zu welcher der Beamte vermöge seines Amtes befugt war. Für ein factum illicitum dagegen, nämlich den Mißbrauch der amtlichen Stellung zu Rechtswidrigkeiten haftet der Staat nicht, wenn er dabei selbst nicht in culpa ist, wie etwa durch Uebertragung eines Amts an ein notorisch schlechtes Subjekt. So z. B. ist die Eintragung der Hypotheken eine Amtsobliegenheit, also factum licitum des Hypothekenkommissärs, nicht aber auch die Negozirung von Darlehen. Würde also der Beamte sich dazu hergeben, dann aber das Geld unterschlagen, und fingirte Schuld- und Hypothekenbriefe ausstellen, — so wäre dies ein factum illicitum, ein Mißbrauch der amtlichen Stellung bei einem zu den Amtsobliegenheiten nicht gehörigen Geschäft. — Ein Verhältniß dieser Art waltet vorliegend nicht ob. Die Besorgung der amtlichen Inserationen in öffentliche Blätter, die Erhebung der Gebühren dafür von den Zahlungspflichtigen gegen amtlich ausgestellte Quittung und die Ablieferung derselben an den Verleger des öffentlichen Blattes, gehört zu den Obliegenheiten des Landgerichtsvorstandes als solchen. . . . . Die Unterschlagung der Gelder wurde dadurch herbeigeführt, daß der Amtsvorstand, mit Vernachlässigung der Dienstesvorschriften die amtlichen Quittungen in der Hand des Gerichtsdieners ließ und die Ablieferung nicht überwachte, sohin durch eine Vernachlässigung seiner Dienstobliegenheit bezüglich der

mit dem Verleger der Zeitung bestandenen Geschäftsverbindung. Es handelt sich sohin auch nicht von bloßer Negligenz, sondern von der Nichterfüllung der im amtlichen Geschäftskreise vom Landgerichtsvorstand mit dem Verleger der Zeitung kontrahirten Verbindlichkeit, und diese Nichterfüllung begründet die Haftung des Fiskus eben deßwegen, weil das in Frage befangene Rechtsgeschäft als factum licitum des Beamten dem Ausgeführten zufolge eben so zu betrachten ist, als ob der Fiskus selbst kontrahirt hätte..... Der Mandant kann sich dem Dritten gegenüber der Vertretung des durch die Vernachlässigung von Seite des Mandatars entstandenen Nachtheils nicht entziehen, den Dritten des Ersatzes wegen an den Mandatar nicht verweisen.....

OAGE. v. 6. Febr. 1855. Nr. $673^{52}/_{53}$.

2.

Arrest zur Sicherung des später Verfallenden. Miethe auf eine Reihe von Jahren.

In einem gegebenen Falle war Kläger kraft Miethvertrages vom 8. November 1853 berechtiget, auf die Dauer von fünf Jahren, bis zum 1. Jänner 1859, gegen Ueberlassung der gemietheten Lokalitäten, vom Verklagten jährlich 1200 fl., in vierteljährig vorauszuzahlenden Raten, als Miethzins anzusprechen. Als nun dem Vermiether kund ward, daß der Miether (ein Ausländer) das in dem Miethlokale gegründete Etablissement aufgeben resp. nach Antwerpen versetzen zu wollen geäußert habe, auch mehrere Thatumstände als Vorbereitungen der Ausführung dieser Absicht erschienen, beantragte und erwirkte Jener zur Sicherstellung der später im Laufe der 5 Jahre verfallenden Miethzinse Beschlagnahme (Arrest) der inferirten Mobilien. Hierüber äußern die Motive des OAGE. unter Anderem:

Die Voraussetzung der künftigen Forderung des Klägers, die Ueberlassung der gemietheten Lokalitäten an den Beklagten, ist als bisher vom Kläger erfüllt, nicht beanstandet, und die seinerzeitige fortwährende Erfüllung bis zum Ablauf der Miethzeit angeboten. Ein Mehreres ist in der Pflicht des Klägers nicht gelegen, ihm liegt namentlich eine Kautionsverbindlichkeit nicht ob, weil jedes Entgegenhandeln von seiner Seite oder eine andere das Miethverhältniß beseitigende Thatsache den Beklagten von der Miethgeldentrichtung befreien und hiemit auch die Aufhebung des Arrestes nach sich ziehen würde. Der unbeanstandete Satz, daß auch hinsichtlich noch nicht fälliger und selbst bedingter Forderungen Arrestanlage statthaft sei,

> arg. fr. 6 quibus in causis in poss. eatur (42, 4): „in possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit“ —

ist hier unbedenklich anwendbar.....

Das Arrestgesuch bezweckt thatsächlich nichts Anderes als die Sicherung des dem Kläger gesetzlich zustehenden Retentionsrechtes an den vom Miether in das Miethlokal inferirten Sachen für seine Forderung des Miethzinses, im Falle Beklagter die Miethe vor Ablauf der bedungenen Dauer aufgeben wollte. Für diesen Zweck ist entscheidend, ob Beklagter äußere Handlungen vorgenommen hat, welche beurkunden, daß er die Miethe aufgeben und in Folge dessen seine inferirten Sachen wegbringen wolle, ferner ob dieß bewerkstelligt werden könne, ohne daß Kläger sein Retentionsrecht in vollem Umfange auszuüben vermöchte.....
Daß die impetrirte Arrestanlage den Genuß der Miethe, insoferne dieselbe zu dem Zwecke des Fabrikbetriebes eingegangen wurde, erheblich auf Seite des Impetraten beeinträchtige, kann einen rechtlichen

Anstand gegen die Arrestanlage selbst nicht begründen, weil ein anderes Arrestobjekt als die Illaten des Impetraten in dem Miethlokale für den Kläger nicht gegeben ist und der Beklagte diese Beeinträchtigung jederzeit durch eine anderweitige Kaution für den Miethbetrag bis zum Ablauf der Miethzeit beseitigen kann.....

OAGE. vom 11. Oktober 1855. Nr. 1698$^{54}/_{55}$.

3.

Streitigkeit darüber, ob eine Grundfläche Uferländerei oder Bestandtheil des Flußbettes sei?

Unterhalb Wasserburg befindet sich zwischen der Odelzhamer Wand und dem Inn eine Grundfläche, aus welcher die Bauinspektion Rosenheim die daselbst befindlichen Steine wegschaffen ließ. Den Besitzern der genannten bewaldeten Bergwand erschien diese Wegschaffung ein Eingriff in ihr Eigenthum, als dessen Bestandtheil die fragliche Grundfläche (zwischen Wand und Fluß) ihnen galt. Sie erhoben deshalb eine Entschädigungsklage gegen den k. Fiskus zum Betrage von 672 fl. Von Seite des Beklagten wurde bestritten, daß die fragliche Grundfläche die Eigenschaft einer zum Eigenthum der Kläger gehörigen Uferländerei habe; es sei vielmehr eine Sandbank und Bestandtheil des (nach Art. 1 des Wasserbenützungsgesetzes vom 28. Mai 1852) dem Staate gehörigen Flußbettes, indem diese Sandbank nur auf ihren höchsten Punkten und beim niedrigsten Wasserstand über das Wasser hervorrage.

Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung dieses Rechtsfalles entnehmen wir, was folgt:

Die Kläger glauben sich darauf stützen zu können, daß im Art. 18 des Gesetzes über die Be-

nützung des Wassers vom 28. Mai 1852 ausdrücklich bestimmt ist, daß die Ufer der öffentlichen Flüsse den Eigenthümern der anliegenden Grundstücke gehören. Allein weder in der Klage noch in den Verhandlungen wurden von ihnen solche Momente angegeben und dargelegt, woraus zu entnehmen wäre, daß fragliche Grundfläche als Ufer im Sinne des vorallegirten Gesetzes zu erachten komme. Der Art. 19 des besagten Gesetzes spricht aus:

> daß die Uferlinie sich nach dem mittleren Wasserstande bestimme, und daß dieser von der Verwaltungsbehörde festgesetzt, und, wo es nothwendig ist, auf angemessene Weise bezeichnet werde.

Daß dieses im Art. 19 bezeichnete Verfahren schon stattgefunden und ein den Klägern günstiges Ergebniß geliefert habe, ist aber nirgends behauptet, noch weniger dargelegt, und es ist hienach um so minder zu einer Abänderung des Ausspruches der vorigen Instanz (Beklagter sei nicht schuldig, sich auf die Klage, wie sie angestellt ist, in den Streit einzulassen) rechtliche Veranlassung gegeben, als die nach Vorschrift des vorangeführten Art. 19 bezüglich der fraglichen Grundfläche vorzunehmende Ermittelung und Feststellung des Wasserstandes selbst auch rücksichtlich des erhobenen Entschädigungsanspruches von wesentlichem Einfluß und maaßgebend ist.

OAGE. v. 5. Nov. 1855. Nr. $887^{53}/_{54}$.

Gnome.

Was Treu' und Glauben und Gewohnheit mit sich bringt,
Gebührt wie Vortheil, den sich Einer ausbedingt.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 26. April 1856. 21. Jahrgang. № 9.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung. — Berufungssumme. Schäden als Hauptsache. Verschiedenheit im Ansatze des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger Berufungen. — Berufungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener Forderungen in Konkursfällen. —

Ueber die rechtliche Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung.

(Schluß.)

II.

Aus dem Worte „Gefängniß", dessen sich das Ges. v. 28. Mai 1852 zur Bezeichnung der die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung treffenden Freiheitsstrafe bedient, aus dem Inhalte des Art. 7 dieses Gesetzes, endlich aus den Aeußerungen einiger Abgeordneten suchen die beiden eingangserwähnten Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes die Vergehenseigenschaft der in Frage stehenden strafbaren Handlung zu konstruiren.

Ob durch diese Gründe die obigen Ausführungen besiegt seien, darf wohl vorerst einigermaßen in Zweifel gezogen werden.

1) Das erste Argument der oberstrichterlichen Urtheile besteht darin:

Ob eine strafbare Handlung Verbrechen, Vergehen oder Polizeiübertretung sei, hiefür gebe, soferne nicht im Gesetze selbst bezüglich der Eigen-

ſchaft der That ſpeziell etwas beſtimmt ſei, lediglich die Strafe den Maaßſtab; die Strafe des Gefängniſſes ſei nach dem Strafgeſetzbuche und den Anmerkungen hierzu ausdrücklich als Vergehensſtrafe erklärt, ſomit jede Handlung, die vom Geſetze mit Gefängniß belegt iſt, wenn nicht beſondere Vorſchriften des ſpeziellen Strafgeſetzes entgegenſtehen, als Vergehen zu qualifiziren. Dieſes gelte auch von der mit Gefängniß belegten gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung, zumal da die Strafgeſetze immer genau zwiſchen Gefängniß- und Arreſtſtrafe unterſcheiden, daher das Geſ. v. 28. Mai 1852, wenn die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung ungeachtet der angedrohten Gefängnißſtrafe nicht Vergehen ſein ſollte, beſondere Beſtimmungen hätte treffen müſſen. —

Hiergegen drängen ſich hauptſächlich folgende Bedenken auf:

a) Der oberſte Gerichtshof erkennt ſelbſt an, daß die Strafe nur dann den Maaßſtab für die Qualifikation einer ſtrafbaren Handlung bildet, wenn nicht in dem ſpeziellen Strafgeſetze bezüglich der Eigenſchaft der That etwas Beſonderes beſtimmt worden iſt.

Eine ſolche Beſtimmung kann aber naturgemäß nicht nur mit ausdrücklichen Worten, ſondern auch mittelbar durch eine andere Vorſchrift, welche mit Nothwendigkeit auf eine gewiſſe Eigenſchaft des Reates hinweiſt, getroffen werden. Iſt nun die oben unter I. Ziff. 4 und 5, gegebene Auslegung des Art. 7 des Geſ. v. 28. Mai 1852 nicht ganz mißlungen, und haben insbeſondere die Motive zu dieſem Artikel einigen Anſpruch auf Beachtung: ſo hat das beſagte Spezialgeſetz, wenigſtens indirekt, die Vergehenseigenſchaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung ausgeſchloſſen, ſo daß nach der eigenen Annahme des oberſten Ge-

richtshofs ein Fall, in welchem auf die Strafe als den subsidiären Maaßstab für die Qualifikation der That zurückgegangen werden müßte, hier gar nicht vorliegt — ein Ergebniß, das um so erwünschter sein möchte, weil die Ergänzung eines neuen unter dem Einflusse reformatorischer Rechtsbildungen geschaffenen und mit selbstständigem Leben begabten Gesetzes aus einem älteren in sich abgeschlossenen Strafgesetzbuche immerhin eine etwas mißliche Sache ist.

b) Enthielte übrigens das Gesetz über die gewerbsmäßigen Gutszertrümmerungen wirklich eine Lücke hinsichtlich der Eigenschaft der That, deren Ausfüllung durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches von 1813 geboten wäre, so muß vor allem bemerkt werden, daß in letzterem die Grenze zwischen Vergehen und Polizeiübertretung keineswegs durch die Strafart als äußeren Maaßstab, wie die mehrerwähnten oberstrichterlichen Urtheile unterstellen, bezeichnet worden ist. Einzig und allein der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen hat seine Feststellung nach den Strafen erhalten, wie sich aus den Begriffsbestimmungen des Art. 2 Th. I des StGB. und aus den vom obersten Gerichtshofe allegirten Stellen der Anmerkungen (Bd. I S. 26—29 und S. 69—80) klar ergibt. Nachdem die angebliche Gesetzesvorschrift, welche lediglich die Strafarten zum Unterscheidungsmerkmal zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen gestempelt haben soll, nicht existirt, scheint die Vergehenseigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung ihrer Grundlage zu entbehren.

Allein nicht nur, daß Strafgesetzbuch und Anmerkungen nirgends den Strafgrad als Kennzeichen dafür, ob eine unerlaubte Handlung Vergehen oder Polizeiübertretung sei, erklärt

haben: die Wahl der Strafe als Maaßstab war hier sogar unmöglich. Denn die oberste Bedingung für diesen Maaßstab ist eine strenge Scheidung der Strafarten, womit die verschiedenen Klassen strafbarer Handlungen bedroht sind; sobald dieselbe Strafart bei mehreren Gattungen unerlaubter Handlungen gleichmäßig vorkommt, wird die Klassifikation der letzteren nach der Strafe unausführbar. Nach unserem Strafgesetzbuche sind nun wirklich die Hauptstrafen der Verbrechen durchgängig verschieden von den Hauptstrafen der Vergehen; hier konnte also die Strafart als Unterscheidungsmerkmal angenommen werden. Dagegen die einzelnen Vergehensstrafen (Anmerk. Bd. I S. 33—34) finden sich großentheils zugleich auf dem Gebiete der Strafpolizei, was jedenfalls — vorläufig abgesehen von dem Gefängnisse — bezüglich der (im StGB. v. 1813 noch beibehaltenen) körperlichen Züchtigung, dann sämmtlicher Eigenthumsstrafen, namentlich der Geldbuße, ferner des Verweises, und allenfalls des Widerrufs und der Abbitte (so lange die beiden letzten Strafen Geltung hatten) behauptet werden darf. Bei dieser Doppelstellung mehrerer Strafarten kann die Grenze zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen gar nicht durch die Strafe bestimmt werden. Körperliche Züchtigung, Geldbuße, Verweis u. s. w., obgleich im Strafgesetzbuche als Vergehensstrafen aufgeführt, sind eben so oft bloße Polizeistrafen, nämlich dann, wenn dieselben in anderen Gesetzen gedroht sind; in gleicher Weise folgt aus der Aufzählung des Gefängnisses als Vergehensstrafe im Strafgesetzbuche höchstens so viel, daß die in diesem selbst mit Gefängniß belegten Handlungen Vergehen seien, keineswegs aber, daß letztere Eigenschaft nothwendig allen Uebertretungen, die nach

anderen Gesetzen mit Gefängnißstrafe geahndet werden, zukommen müsse.

Warum das Strafgesetzbuch von 1813 nur für die Grenze zwischen Verbrechen und Vergehen, nicht auch für jene zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen den Strafgrad als äußeres Kennzeichen hingestellt habe, erklärt sich sehr leicht. Verbrechen sowohl als Vergehen sind Rechtsverletzungen (Art. 2 Th. I des StGB.) und entbehren (außer dem Falle der Fahrläßigkeit) eines auf die innere Beschaffenheit der Uebelthat gebauten, allgemein gültigen Unterscheidungsgrundes — eines durch innere Merkmale bestimmten Begriffes (Annerk. Bd. I S. 27); hier bedurfte es daher eines äußeren Maaßstabes, und diesen fand der Gesetzgeber in den Strafarten, welche bei Verbrechen und Vergehen so gewählt wurden, daß beide niemals dasselbe Uebel als Hauptstrafe gemein haben. Dagegen die Definition der Polizeiübertretungen in Art. 2 Th. I des StGB. enthält, wenigstens zunächst und vorwiegend, innere Merkmale, und die Anmerkungen Band I S. 23—25 (vgl. mit S. 69) machen den prinzipiellen Gegensatz zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen noch klarer. Bei Rechtsverletzungen sind Zweifel gedenkbar, ob Vergehen oder Polizeiübertretung vorliege, weil der Umfang der letzteren durch Aufnahme einzelner Rechtsverletzungen von sehr geringer Strafbarkeit einigermaßen erweitert worden ist (Anm. I S. 25 Note k.); sobald aber eine Handlung nur aus dem Gesichtspunkte der Rechtsgefährdung oder der Unverträglichkeit mit dem öffentlichen Wohle verboten ist, wie die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung, dann paßt nur der Begriff des Strafgesetzbuches und der Anmerkungen von „Polizeiübertretung", niemals der von „Vergehen", weil zu

letzterem nothwendig eine Rechtsverletzung gehört. Nicht alle Handlungen, sondern bloß alle Rechtsverletzungen, welche mit Gefängniß, Geldstrafe u. s. w. geahndet werden, sind nach dem Strafgesetzbuche (Th. I Art. 2) Vergehen. Erst da, wo ein innerer Unterscheidungsgrund mangelt, kann das äußere Kennzeichen der Strafarten in Frage kommen.

Da ein durch wesentliche innere Merkmale erzeugter Begriff Vergehen und Polizeiübertretungen, wenigstens regelmäßig, scheidet, was bei Verbrechen und Vergehen sich umgekehrt verhält; da sonach bei den meisten Polizeiübertretungen, insonderheit bei der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung, ein Bedürfniß nach einem äußeren von den Vergehen abgrenzenden Maaßstabe nicht besteht; da endlich deßhalb, weil die Vergehensstrafen großentheils zugleich Polizeistrafen sind, die Strafart das Unterscheidungsmerkmal für Vergehen und Polizeiübertretungen gar nicht abgeben kann: so springt in die Augen, daß auch eine analoge Anwendung dessen, was das Strafgesetzbuch über die Strafen als Kennzeichen, ob eine Handlung Verbrechen oder Vergehen sei, verordnet hat, auf die Grenzbestimmung zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen durchaus verwerflich ist.

c) Nachdem ich erwiesen zu haben hoffe, daß überhaupt nicht die Strafarten das Gebiet der Vergehen und der Polizeiübertretungen scheiden, soll noch dargelegt werden, wie auch insbesondere der Satz: daß „die Strafgesetze immer genau zwischen Gefängniß- und Arreststrafe unterscheiden" und erstere mit den Vergehen, letztere mit den Polizeiübertretungen verknüpfen, nicht allenthalben (obschon häufig) sich bewahrheite.

Sogar im ersten Theile des Strafgesetzbuches

werden „Gefängnißstrafe" oder „Gefängniß" und „Arrest" einige Male als gleichgeltend gebraucht (Art. 35, 104, 105): koordinirt der „Gefängnißstrafe" ist „Festungsarrest" (Art. 27), im Falle des (aufgehobenen) Art. 136 Abs. 3 war trotz des angedrohten „Gefängnisses" die Vergehenseigenschaft der strafbaren Handlung mehr als zweifelhaft. Als Ungehorsams-, beziehungsweise Frivolitäts- (nicht Vergehens-) Strafe finden wir das „Gefängniß" in Thl. II des StGB. (Art. 206, 398 Abs. 3).

Das Gesetz v. 1. Juli 1834 die Verletzungen der Zollordnung betr. §. 9 benannte mehrmals „Gefängnißstrafe", neben welcher einmal promiscue der Ausdruck „Arrest" vorkommt, für Uebertretungen, die nicht Vergehen sind (vgl. §. 2).

Disziplinarstrafe im weiteren Sinne und ohne Zusammenhang mit einem „Vergehen" ist das „Gefängniß" nach Art. 6 Abs. 3 des Ges. v. 12. Mai 1848, einige Abänder. des StGB. v. 1813 und anderer Strafbestimmungen betr, ferner nach zahlreichen Stellen des StPG. vom 10. November 1848 (Art. 45, 151, 155 Abs. 3 und 4; 160, 168 Abs. 2; 227); einmal in diesem Gesetze (Art. 181 am Ende) wird in gleicher Bedeutung „Arrest" gebraucht; auch als Sukkumbenzstrafe findet sich das „Gefängniß" daselbst (Art. 246).

Die Uebertretungen des Ges. v. 26. Februar 1850, die Versammlungen und Vereine betr., obwohl mit „Gefängnißstrafe" belegt (Art. 21, 22), gehören schwerlich zur Klasse der „Vergehen", stehen vielmehr, um nur Eines Grundes zu gedenken, nach Art. 24 Abs. 1 in einem scharfen Gegensatze mit den Verbrechen und Vergehen.

Den bisherigen (keineswegs erschöpfenden) Belegen, deren Gewicht für Ermittelung der gesetzlichen Sprachweise nicht durch noch fortdauernde Geltung der einzelnen Stellen bedingt ist, mögen schließlich

zwei wo möglich noch überzeugendere Beweise angefügt werden:

Art. 4 des Ges. v. 10. Nov. 1848, die Abänd. d. Verord. v. 9. Aug. 1806 über den Wilddiebstahl betr., gebrauchte zweimal die Bezeichnung „Gefängniß" für eine ausdrücklich als „Polizeiübertretung" erklärte Handlung.

Das Gesetz, die Bestrafung der Jagdfrevel betr., v. 25. Juli 1850 verordnet im Art. 3 Ziff. 1 u. 2, der Jagdfrevel „als Polizeiübertretung" solle mit „Gefängniß" bestraft werden; und Art. 6 Abs. 2 bestimmt: „Bei den als Polizeiübertretungen strafbaren Jagdfreveln sind die Hülfeleistung und Begünstigung mit einer Gefängnißstrafe".... zu belegen.

Da hiernach ein untrennbares Wechselverhältniß zwischen „Gefängniß" und „Vergehen" nicht besteht, so erscheint ein zwingender Schluß von dem Einen auf das Andere nicht gerechtfertigt.

2.

Der zweite Grund für die Vergehenseigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung soll in Art. 7 des ofterwähnten Ges. v. 28. Mai 1852 liegen, wornach derlei Sachen nicht etwa bloß den Gerichten, sondern eben nur jenen Gerichten, welche für Vergehen zuständig sind, zugewiesen seien.

Daß Art. 7 nicht für, sondern gerade gegen die Vergehensqualität zeugt, hoffe ich oben unter I Ziff. 4 und 5 dargethan zu haben. Aus der Zuweisung an die bei Vergehen kompetenten Gerichte folgt eine materielle Gleichstellung der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung mit den Vergehen schon deßhalb nicht, weil auch andere Polizeiübertretungen (namentlich die durch die Presse verübten, denen man wohl auch die Uebertretungen des Gesetzes, die Versammlungen und Vereine betr., vom 26. Februar 1850 anreihen darf),

den Gerichtsstand und Prozeß der „Vergehen" theilen. Entscheidend sind aber die oben bereits näher erörterten Motive zu Art. 7 (im Entwurfe Art. 11), welche (wie auch der Bericht des Referenten der Kammer der Abgeordneten) die Vorschriften des Art. 7 in ihrer rein prozessualischen Natur außer Zweifel stellen und auf das Befriedigendste aufklären, warum bei der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung, unbeschadet ihrer rechtlichen Qualifikation als polizeiliche Uebertretung, Zuständigkeit und Verfahren ausnahmsweise nach Art der Vergehen normirt werden mußte. Lediglich zum Schutze der Beschuldigten haben die (von keiner Seite beanstandeten) Motive um der hohen Strafen willen das polizeiliche Verfahren vor Einzelnrichtern beseitigt; eine Auslegung, welche das Schutzmittel durch Konstruirung eines „Vergehens" mittelst desselben in sein Gegentheil verkehrt, widerstrebt der bewährten Regel Modestin's: „Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem" (L. 25 D. de legibus).

3.

Als dritten Grund macht der oberste Gerichtshof geltend, daß der Berichterstatter und mehrere Mitglieder der Kammer der Abgeordneten die fragliche Gesetzesübertretung ausdrücklich als „Vergehen" bezeichneten, ohne von irgend einer Seite einer Einsprache zu begegnen. —

Allein was den Berichterstatter, Abg. Fink, anbelangt, so beweist dessen Referat (Verh. d. K. d. Abg. 1852 Beilagenband IV S. 349 ff.) genau das Gegentheil, indem dasselbe die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung nirgends als „Vergehen", sondern nur (§. 11) als „Uebertre-

tung" bezeichnet, den Begriff „Gefängnißstrafe" auch mit „Polizeiübertretungen" verknüpft (S. 352 §. 10) und sich in Folgendem äußert (S. 352 des citirten Beilagenbandes IV, §. 11):

> „Der Art. 11 regelt die Kompetenzverhältnisse und das Verfahren. Er entzieht (!) die Bestrafung dieser Uebertretungen dem Einzelnrichter und knüpft die Untersuchung an die für die Behandlung der Vergehen bestehenden Vorschriften, und zwar mit vollem Rechte, indem es wegen der Wichtigkeit der Sache und der bedeutenden Strafen schon an und für sich nicht rathsam erscheint, das für gewöhnliche Polizeiübertretungen vorgeschriebene summarische Verfahren eintreten zu lassen und die Aburtheilung dem Einzelnrichter zu übertragen, andererseits aber durch die Oeffentlichkeit des Verfahrens für die Angeschuldigten selbst eine größere Garantie gegeben ist, und nebenbei diese Oeffentlichkeit auf die Gutsmäckler selbst abschreckend einwirken, und sie mehr abhalten dürfte, sich solchen gewinnsüchtigen Spekulationen hinzugeben, durch welche sie Gefahr laufen, nicht nur ihren Kredit, sondern auch ihre bürgerliche Unbescholtenheit in der öffentlichen Meinung auf's Spiel zu setzen. Es wird demnach die unveränderte Annahme des Artikels beantragt."

Diese ganze Deduktion, welche lediglich aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit eine Ausnahmsbestimmung von dem Polizeiverfahren empfiehlt, hätte keinen Sinn, wenn die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung wirklich ein „Vergehen" wäre. Das Referat hat also letztere Eigenschaft in Abrede gestellt.

Wenn gleichwohl, ohne daß der entfernteste Anhaltspunkt für einen Meinungswechsel vorliegt, dem Berichterstatter im Flusse der mündlichen Rede zweimal das Wort „Vergehen" entkam, so wollte damit augenfällig nur der weitere Begriff verbunden werden, wornach jede mit öffentlicher Strafe bedrohte Gesetzesübertretung Vergehen heißt, — eine Bedeutung, die selbst unseren Gesetzen nicht

fremd ist, wie z. B. der Ausdruck „Vergehen wider die Siegeltaxe „(Art. 433 Th. I des StGB.), die Bezeichnung der Aufschlagsdefraudationen als „Vergehen" u. dgl. bewährt. Darauf, daß Referent nicht ein „Vergehen" im streng technischen Sinne vor Augen hatte, deutet auch der Umstand, daß derselbe gerade beim Gebrauche des Wortes „Vergehen" als einen ganz besonderen Vorzug des Gesetzentwurfes das öffentliche Verfahren vor Gerichten heraushob, welches doch bei wahren „Vergehen" sich von selbst verstünde und weder nennenswerth noch weniger in eigenthümlicher Weise verdienstlich wäre. (Verh. d. K. d. Abg. 1852. Stenogr. Ber. V. Bd. S. 353).

Zählt demgemäß und bei dem Uebergewichte der wohlerwogenen, ausführlicheren schriftlichen Bearbeitung über ein einzelnes, rasch geborenes Wort der Berichterstatter der Abgeordnetenkammer, obgleich er sich in der Debatte des Ausdruckes „Vergehen" bediente, zu den Gegnern der Vergehenseigenschaft fraglicher Uebertretung: so dürfte im Munde einiger anderer Abgeordneten, welche obendrein sämmtlich den ganzen Gesetzentwurf bekämpften, daher kaum unfehlbare Ausleger desselben zu sein scheinen, das immerhin mehrdeutige Prädikat „Vergehen" noch weniger als signifikant genommen werden, zumal da es an diesen Rednern gewesen wäre, bei der Absicht, ein Vergehen im streng technischen Sinne zu schaffen, diese Intention nicht bloß durch eine vage Bezeichnung errathen zu lassen, sondern die Motive zu Art. 11 des Entwurfs und die Bemerkungen des Ausschußvortrages hierzu in eingehender Weise anzugreifen. Wie gewagt Schlüsse aus der gewöhnlichen Bedeutung doppelsinniger Worte seien, erkennt man, insofern Kammerdebatten in Frage stehen, beispielsweise daraus, daß ein Mitglied (Boyé), welches die ge-

werbsmäßige Gutszertrümmerung „Vergehen" nannte, hinwieder die darauf gesetzte Freiheitsstrafe als „Arreststrafe", die doch wenigstens nach oberstrichterlicher Annahme, den Polizeiübertretungen korrespondirt, bezeichnet hat.

Hätten aber auch einige Redner an ein wahres Vergehen gedacht, so liegt darin noch lange keine Offenbarung des Willens der Kammermehrheit oder gar sämmtlicher Faktoren der Gesetzgebung; auch das Unterlassen einer Einsprache von anderen Seiten ist nicht geeignet, jede einzelne Aeußerung von Abgeordneten ohne Weiteres zu Akten der Gesetzgebung zu potenziren.

Der Satz: „qui tacet, consentire videtur", auch in seiner berechtigten Tragweite, hat nirgends einen minder sicheren Boden als bei Landtags- und ähnlichen Verhandlungen — aus Gründen, deren punktenweise Aufzählung weder im Plane dieses Aufsatzes liegt, noch nöthig sein dürfte.

Nur gegenüber umfangreichen, einläßlichen, keines Doppelsinnes fähigen Erörterungen eines Redners mögen — und selbst da mit großer Vorsicht — aus dem Schweigen Anderer zuweilen Schlüsse gezogen werden; kurze und dazu mehrdeutige Erklärungen Einzelner gehen, wiewohl von den Uebrigen keineswegs gebilligt, im Strom der Debatte, indem sich der Kampf um die Kardinalpunkte konzentrirt, häufig unbemerkt oder doch ohne Widerspruch vorüber.

Um vieles schwerer als die Nichtanfechtung des mündlich aufgetauchten Prädikates „Vergehen" wiegt jedenfalls die Thatsache, daß in keiner Kammer wider die Motive zu Art. 11 des Entwurfes und den beifälligen Bericht des Ausschußreferenten Fink Einsprache geschah, nachdem doch bei diesen Aktenstücken in höherem Maße, als es gegenüber einem jeden in der Debatte gefallenen Worte mög-

lich ist, ernste Prüfung durch die Volksvertretung vorausgesetzt werden muß.

Angesichts der ofterwähnten Motive, deren stillschweigende Zurücknahme alle Wahrscheinlichkeit und parlamentarischen Maximen gegen sich hat, vermag ein Präjudiz aus der Duldung des Ausdruckes „Vergehen" von Seite des Ministertisches um so weniger zu erwachsen, als die rechtliche Eigenschaft der fraglichen Uebertretung nicht ex professo erörtert ward, und die Regierungsorgane, gegenüber einer lebhaften und zahlreichen Opposition mit Vertretung der wesentlichsten Bestimmungen des Entwurfes befaßt, nicht in der Lage waren, jede einzelne gelegentliche Aeußerung zu bekämpfen.

Erwägt man schließlich, daß die kritische Debatte am Vorabende des Sessionsschlusses nicht ohne Spuren von Erschöpfung und Eile stattfand; erinnert man sich der Worte eines hervorragenden Mitgliedes: die Kammer berathe diesen Gegenstand, „wie das erkorene Volk des Alterthums sein Lamm speiste, vor dem Auszuge aus Egypten mit dem Wanderstab in der Hand;" — ferner: es sei „ein heilloses Unglück, daß man in den letzten 24 Stunden eine Materie von dieser Wichtigkeit zu berathen habe" — so scheint die schweigende Hinnahme der Bezeichnung „Vergehen" vollends der Kraft, den Schluß allseitiger Beistimmung zu erzeugen, entkleidet zu sein. —

Nach der bisherigen Gesammtentwickelung kann wohl der Nothbehelf, daß im Zweifel die mildere Strafbestimmung gilt, füglich entbehrt werden; und es mag vergönnt sein, die Hoffnung zu nähren, daß die Vergehenseigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung in der bayerischen Rechtsprechung noch nicht unwandelbar feststehe.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Berufungssumme. Schäden als Hauptsache. Verschiedenheit im Ansatze des Streitgegenstandes bei Würdigung beiderseitiger Berufungen.

Vgl. Komment. üb. d. GO. Bd. IV, S. 31, 39.

Ein Nachbar vindizirte von dem anderen eine kleine Grundfläche, welche angeblich zum Garten des Klägers gehört, von dem Beklagten aber theilweise seinem neuerbauten Stadel einverleibt worden war. Zur Beurtheilung der Zulässigkeit der Berufung gegen das vom ersten Richter in der Sache ergangene Interlokut wurde der vindizirte Grund geschätzt, wobei sich ein Werth von weniger als 50 fl. ergab; ein Theil der Sachverständigen bemerkte jedoch, daß wenn man die darauf stehende Gebäulichkeit berücksichtige, der überbaute Theil des streitigen Grundes mehr als 100 fl. werth sei. Das Appellationsgericht wieß die beiderseitigen Berufungen wegen Mangels des erforderlichen Streitwerthes ab, weil auch für den Beklagten immerhin nur der Werth des den Gegenstand der Klage bildenden Grundes in Anschlag kommen kann; der Schaden, der ihm in Folge der Vindikation rücksichtlich seiner Gebäulichkeit erwachsen könne, dürfe hier, nach der Bestimmung des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 §. 58, nicht berücksichtiget werden.

Der oberste Gerichtshof mißbilligte diese Ansicht und wieß das Appellationsgericht zur materiellen Entscheidung über die Berufung des Beklagten an, — aus folgenden Gründen:

Gegenstand des vorliegenden Streites ist die von dem Kläger als sein Eigenthum in Anspruch genommene Grundfläche, von welcher ein Theil zur Errichtung der Gebäulichkeiten des Beklagten gedient hat. Siegt der Kläger ob, so verliert der Beklagte nicht nur eine Grundfläche von 174 Quadratfuß, sondern seine darauf befindlichen Gebäulichkeiten können außerdem nicht weiter bestehen; wie denn auch das Klagbegehren darauf gerichtet ist: daß der Beklagte den auf dem streitigen Grundstücke stehenden Theil seines Stadels auf seine Kosten abzubrechen habe; — was nothwendig noch weiter den Umbau des Stadels und des darunter befindlichen Kellers zur Folge haben würde.

Für den Beklagten besteht daher der Streitgegenstand nicht in einer leeren Grundfläche, sondern in dem weit werthvolleren, seinen Gebäulichkeiten einverleibten Bauplatze, und es relevirt in dieser Beziehung nicht, daß der Streitgegenstand für den Kläger nur den Werth der Grundfläche des ihm angeblich entzogenen Theiles seines Gartens darbietet.

Das k. Appellationsgericht hat geglaubt, auf diese Verhältnisse, im Hinblicke auf die Bestimmung des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 §. 58 keine Rücksicht nehmen zu dürfen, nach welcher bei der Berechnung der Berufungssumme die als Nebensache zu- oder aberkannten Schäden nicht in Anschlag kommen.

Diese Bestimmung findet aber keine Anwendung auf den vorliegenden Fall. Sie hat die accessorischen Ansprüche im Auge, welche neben dem Hauptgegenstande des Prozesses von einer Parthei an die andere erhoben werden und würde alsdann Platz greifen, wenn der Kläger mit seiner Vindi-

kation eine Entschädigungsforderung u. dgl. verbunden hätte.

Eine solche Nebenforderung steht aber hier nicht in Frage; das höhere Interesse für den Beklagten, der größere Werth des Streitsgegenstandes für denselben, geht vielmehr unmittelbar aus der gegen ihn erhobenen Eigenthumsklage hervor.

Hiernach muß die Zulässigkeit der Berufung dieser Partei aus dem von den Sachverständigen S. und K. aufgefaßten Gesichtspunkte beurtheilt werden, wonach der Streitwerth für dieselbe den Betrag von 50 fl., sowie den die Zulässigkeit der Revisionsbeschwerde bedingenden Werth von 100 fl. übersteigt.

OAGE. vom 18. Dezember 1855. Nr. $285^{55}/_{56}$.

2.

Berufungssumme durch Zusammenrechnen verschiedener Forderungen in Konkursfällen.

(Vgl. Bd. XIX, S. 80.)

Auch dann, wenn nicht ein Gläubiger, sondern der Kridar selbst im Punkte der Liquidität gegen zwei oder mehrere Gläubiger die Berufung ergriffen hat, deren Forderungen zwar nicht einzeln, wohl aber zusammengerechnet die Berufungssumme erreichen, ist nach §. 62 der Novelle von 1837 dem Erfordernisse der appellablen Summe Genüge geleistet, und zwar in der Erwägung, daß der Bestand der letzteren immer nach dem kollektiven Interesse des Appellanten an dem Inbegriffe all' seiner Beschwerden zu beurtheilen ist.

OAGE. v. 9. Novbr. 1855. R. N. $1742^{54}/_{55}$.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 10. Mai 1856. 21. Jahrgang. № 10.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der Begründung des Domizils. **Animus perpetuo commorandi.** — Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten, keine Civilprozeßsache. — Haftung des Staatsärars für gestohlene Depositen. — Provisorische Alimente, einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses verabreicht, sind nicht zur Zurückforderung geeignet. — Vom Verfahren in Bezug auf Einreden, welche sich im Laufe des Verfahrens „hervorgethan haben" und etwa erst in einer oberen Instanz vorgebracht werden. — **Sponsalitia largitas.** Bedingtes Eheverlöbniß. Verlöbniß-Kündigung. — Streitigkeiten über Gemeinderechte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. Verwaltungssache.

Zur Lehre von der Begründung des Domizils. Animus perpetuo commorandi [1]).

Hier will ich bleiben, jetzt behagt mir dieser Ort;
Hört das Behagen auf, so zieh' ich wieder fort.

Bei Uebersiedelungen von Personen und Familien an einen anderen Ort erscheint es häufig zweifelhaft, ob und wann der neue Aufenthaltsort als Wohnort (Domizil) zu betrachten sei. Die Uebersiedelung ist mit „Sack und Pack" geschehen, und an dem Orte, wohin sie bewirkt wurde, hat man sich in aller Vollständigkeit häuslich eingerichtet; aber das seither bewohnte anderswo gelegene Anwesen wurde nicht verkauft, sondern verpachtet oder vermiethet, und behielt vielleicht noch einen Theil seiner früheren, dem Eigenthümer zugehörigen Einrichtung und Ausstattung; so daß die Rückkehr in das frühere Verhältniß ohne große Schwierigkeit ausgeführt werden könnte. Ein Staatsdiener tritt

[1]) Nach einem Lübecker OAGE. v. 30. Nov. 1854 (Hamburger Samml. Bd. II S. 912 f.) bearbeitet.

in Ruheſtand und ſiedelt in eine Stadt über, in welcher er gute Anſtalten für Erziehung und Bildung ſeiner Kinder findet, ohne daß für die Abſicht, den Aufenthalt an dieſem Orte auch über die Dauer des erwähnten Bedürfniſſes zu erſtrecken, beſondere Anhaltspunkte vorliegen. Wenn nun eine in ſolchen Lokalbeziehungen ſtehende Perſon, bei dem Gerichte des neuen Aufenthaltsortes verklagt, den animus perpetuo habitandi und die Begründung des Domizils und des Gerichtsſtandes [2]) an dieſem Orte in Abrede ſtellt, ſo liegt allerdings die Löſung der erhobenen Vorfrage nicht auf platter Hand.

Daß Beklagter zur Zeit der Klageerhebung anderswo ſowohl Grundeigenthum als Heimathsrechte hatte, und daß er etwa, wenn er früher im Auslande wohnte, des dortigen Unterthanen-Nexus noch nicht entlaſſen iſt, muß für völlig unerheblich erachtet werden. Denn das Domizil iſt zwar mit ſtaatsrechtlichen Befugniſſen und Pflichten der Regel nach verbunden, aber nicht von der vollen Landesunterthänigkeit bedingt, ſondern vor Allem davon abhängig, wo Jemand den Mittelpunkt ſeiner geſammten privatrechtlichen Exiſtenz hat, und daß weder die origo allein, noch die bloße possessio ein Domizil begründen, iſt in den Quellen des gemeinen Rechts ausdrücklich ausgeſprochen.

> Fr. 190 de verb. signif. (50, 15) vgl. mit C. 7 pr. de incol. (10, 39); fr. 17 §. 12 und fr. 22 §. 7 ad municip. (50, 1) vgl. mit C. 4 de incolis.

Für den Verluſt und Erwerb des Domiziles kommt es nicht weſentlich darauf an, ob man poſitiv und beſtimmt die Abſicht habe, nach dem bisherigen Aufenthaltsorte nicht wieder zurückzukehren

---

[2]) Auch für die Statutenkolliſion iſt die Frage von Wichtigkeit.

und an dem nunmehrigen für immer bleiben zu wollen. Aus den Worten der C. 7 de incolis:

„unde rursus non sit discessurus“ —

läßt sich diese Voraussetzung nicht rechtfertigen, da der unmittelbar beigefügte Zusatz „si nihil avocet“ in Verbindung damit, daß die voluntas vor Allem über das Domizil entscheidet,

vgl. C. 4, 7 eod.

und daß es seiner Natur nach nur ein temporäres d. h. dem Wechsel unterworfenes Verhältniß ist,

Fr. 17 §. 11 ad municip. (50, 1),

deutlich bekundet, wie mit jenen Worten nur das assidue versari und commorari im Gegensatz des bloßen peregrinari und mox discedere, und nur eine Niederlassung bis auf Weiteres und auf im Voraus unbestimmte Zeit gemeint sei [3]).

Wenn daher gleich der animus commorandi und revertendi zur Gewinnung und Beibehaltung eines Domiziles für eben so erheblich gelten muß, als bei dem Besitze der animus sibi habendi ein wesentliches Moment bildet, so kann doch nicht verkannt werden, daß es für die Frage, ob und wo Jemand sein Domizil habe, zunächst und vor Allem darauf ankomme, ob dessen äußere, namentlich häusliche Lebenseinrichtung auf einen dauernden Aufenthalt an einem bestimmten Orte und darauf hinweise, daß dieser als der Mittelpunkt seiner ganzen bürgerlichen Existenz sich darstelle. Wo dieß bereits oder noch der Fall ist, wird ein Beweis der Absicht, den neuen oder bisherigen Aufenthaltsort als bleibende Stätte und eigentlichen Wohnsitz behandeln und festhalten zu wollen, nicht besonders erfordert werden können, sondern bis klare Anzeichen eines entgegengesetzten Willens vorliegen, aus der thatsächlichen

[3]) Vgl. Komment. ü. d. GO. Bd. I (Aufl. II) S. 53 Note 3.

Lage zu folgern stehen, so daß einerseits die bloße Abwesenheit, wie lange sie auch dauere und wie ungewiß die Rückkehr an sich und deren Zeitpunkt sei, des Domiziles nicht verlustig macht, wenn nur die bisherige häusliche oder gewerbliche Einrichtung fortbesteht, andererseits, wenn es hieran nicht fehlt, die unbestimmte Absicht einer Aenderung des Aufenthaltes oder des Rücktrittes in die früheren Lebensbeziehungen, vollends aber die bloße Möglichkeit einer anderweitigen Niederlassung kein Hinderniß darbietet, den dermaligen Aufenthaltsort als wahres Domizil zu behandeln.

Hat die fragliche Person am Orte ihres jetzigen Aufenthaltes ihre ganze Familie bei sich, auch ihren eigenen vollständigen Haushalt, und hat sie diesen etwa in einem gemietheten Hause ganz so wie Stadtangehörige eingerichtet, so fehlt es bei ihr nicht an dem larem constituere und sedes tabulasque habere, womit nach

fr. 1 §. 2 in f. de agnosc. lib. (25, 3)

gerade die Gründung und Führung eines Haushaltes, das se instruere und instructum esse der

fr. 6 §. 2 und fr. 27 §. 3 ad municip. (50, 1)

gemeint ist, und was ausdrücklich als wesentliches Kennzeichen des domicilii in

fr. 203 de verb. signif. und C. 7 de incolis vgl. mit C. 2 ubi senatores (3, 24)

anerkannt wird.

Zur Bekräftigung dieses Resultates dient, wenn etwa der Uebersiedler durch Verpachtung des früher bewohnten, in eigener Regie verwalteten Landgutes die wirthschaftlichen und berufsartigen Beziehungen zu diesem Besitzthume gelöst hat und nur noch dessen Pachterträgnisse und sonstiges Einkommen seine bürgerliche Existenz sichern. Unter solchen Umständen kann das Landgut nicht mehr als der Ort gelten, ubi rerum ac fortunarum suarum summam con-

stituit. Vielmehr ist als deren sedes im Hinblicke auf fr. 27 §. 1 ad municip. der Ort des jetzigen, in angegebener Beschaffenheit stattfindenden Aufenthaltes zu betrachten.

Noch mag bemerkt werden, daß es der Annahme der Domizil-Begründung nicht im Wege steht, wenn die Person, welche in einen anderen Ort übersiedelte, die polizeiliche Erlaubniß, sich hier aufzuhalten, nur auf gewisse Zeit erwirkt hat. Das Institut der polizeilichen Aufenthaltskarten steht zwar in Beziehung zu dem Heimathsverbande einer Person, berührt aber die Frage des Domizils in keiner Weise [4]). Ohnehin geschieht die Ausfertigung der Aufenthaltskarten immer nur auf bestimmte Zeit unter Vorbehalt späterer Erneuerung, so daß sich eine der Absicht der Domizil-Begründung entsprechende Erlaubniß auf unbestimmte Zeit gar nicht erwirken ließe.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verpflichtung, einer Schützengesellschaft beizutreten, keine Civilprozeßsache.

Ueber die Frage, ob der aus Erg. Bl. Nr. 2 S. 446 f. ersichtlichen Sache die Eigenschaft einer Civilprozeßsache zukomme, entnehmen wir aus den betreffenden OAGAkten folgende Erörterung.

Die Verpflichtung der Beklagten in die Schützengesellschafts-Kasse einen Einkaufs-Gulden, und für die ersten 3 Jahre ihrer Ansäßigkeit zu einem Schießen je 1 fl. 12 kr. zu bezahlen, ist bedingt durch deren Verpflichtung, der Gesellschaft beizutreten; denn als

---

[4]) Vgl. Kommentar ü. d. GO. Bd. I (Aufl. II) S. 54 Note 8.

Mitglieder der Schützengesellschaft sollen die Beklagten zu diesen Leistungen verpflichtet sein, und schon durch das Wort „Einkaufs-Gulden" ist diese Leistung als eine Eintritts-Gebühr bezeichnet. Es handelt sich sonach in vorliegendem Rechtsstreite um die Verpflichtung der Beklagten, der Schützengesellschaft beizutreten, und diese Verpflichtung kann als eine privatrechtliche nicht angesehen werden.

Die Schützengesellschaften, Schützengilden, wie sie allenthalben in Deutschland bestanden und noch bestehen, hatten, wenigstens in früheren Zeiten, nicht lediglich den Zweck, den Mitgliedern des Vergnügens halber Gelegenheit zu Schießübungen zu geben, sondern waren vorzugsweise dazu bestimmt, die Unterthanen zum Zwecke allenfallsiger Vaterlands-Vertheidigung im Gebrauche der Feuerwaffe zu üben.

Vgl. Einleitung der bayer. Schützenordnung v. 21. Juli 1796. Mayr Gen.Samml. V S. 864.

Dieser Zweck der Schützengesellschaften leuchtet auch aus der Verord. v. 6. Juli 1809 hervor, welche jeden neu angehenden Bürger verpflichtet, drei Jahre lang die Schießstätte zu besuchen, und sich dort im Scharfschießen zu üben, indem eine solche Anordnung nur dadurch erklärt werden kann, daß solche Schießübungen im öffentlichen Interesse für wünschenswerth erachtet wurden. Die Schützengesellschaften waren sonach zufolge ihres Zweckes nicht Privatvereine, sondern, gleichwie die Zünfte, öffentliche Korporationen, welche unter Aufsicht von Staatsbehörden standen, und für welche sogar, wie in Bayern am 21. Juli 1796, von der Staatsregierung Schützenordnungen erlassen wurden.

Daß auch die Schützengesellschaft zu W. eine solche öffentliche Korporation sei, ist von den Klägern ausdrücklich behauptet; es ist behauptet, daß diese, von Kaiser Maximilian I. genehmigte und mit einer Schützenordnung versehene Gesellschaft unter der Kon-

trole der öffentlichen Behörden stehe, daß sie namentlich bei dem Stadtmagistrate jährlich Rechnung zu legen habe; der oben bezeichnete öffentliche Zweck soll auch in den Statuten der Schützengesellschaft zu W. von 1696 ausdrücklich ausgesprochen sein und die neuesten Statuten von 1807 sind nach Inhalt der Einleitung zu denselben vom Magistrate der Stadt W. nicht blos genehmigt, sondern erlassen worden. Schon diese Eigenschaft der Schützengesellschaft als einer öffentlichen Korporation, als eines unter der Leitung und Kontrole der Gemeindebehörde stehenden städtischen Institutes spricht dafür, daß, wenn wirklich die Verpflichtung besteht, der Schützengesellschaft beizutreten, diese Verpflichtung nicht eine privatrechtliche sein, sondern nur im öffentlichen Interesse und im Interesse der politischen Gemeinde, ein gemeinnütziges städtisches Institut zu erhalten, seinen Grund haben könne; und wenn weiter erwogen wird, daß nach der Klagebehauptung die Verpflichtung, der Schützengesellschaft beizutreten, an den Eintritt in den Kreis der wirklichen Gemeindeglieder, der Gemeindebürger geknüpft ist, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dieselbe in den Verhältnissen des Einzelnen zur politischen Gemeinde, in dessen Eigenschaft als Gemeindebürger, sohin nicht in einem privatrechtlichen Verhältnisse ihren Grund habe, daß sie als eine mit dem Gemeindebürgerrechte verknüpfte, gemeindebürgerliche Last angesehen würde.

Hiebei ist es von keinem Einflusse auf die rechtliche Natur dieser Verpflichtung, ob sie auf Gewohnheit oder auf einer allgemeinen oder lokalen ausdrücklichen Verordnung beruht, da die Quelle eines Rechtssatzes den Charakter des Inhaltes nicht bestimmen, nicht darüber entscheiden kann, ob derselbe dem Privat- oder dem öffentlichen Rechte angehöre.

Der Umstand ferner, daß die in Frage stehende Verpflichtung der Gemeindebürger *mittelbar* peku-

niäre Vortheile für die Schützengesellschaft als Korporation zur Folge hat, kann gleichfalls die rechtliche Natur dieser Verpflichtung nicht ändern, indem die Verpflichtung zum Eintritte in die Gesellschaft keine privatrechtliche ist, auch die Verpflichtung zu den Geldleistungen, welche mit dem Eintritte in die Gesellschaft und mit der Theilnahme an derselben verbunden sind, nicht als eine privatrechtliche angesehen werden kann.

Es handelt sich demzufolge hier nicht von Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses, es liegt sonach auch eine Civilprozeßsache nicht vor, und kann die Frage, ob die Beklagten der Schützengesellschaft beizutreten und in Folge dessen die eingeklagten Beträge zu bezahlen verpflichtet seien, nicht von den Gerichten, sondern nur von den Verwaltungsbehörden entschieden werden . . . . .

Vgl. OAGAkten Nr. 899 $^{52}/_{53}$.

2.

Haftung des Staatsärars für gestohlene Depositen.

Vgl. Bd. IX S 348; Bd. XII S. 202.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir folgende Sätze:

1) Zu den Obliegenheiten des Depositars gehört es, die Sache dem Deponenten, so bald es diesem gefällt, unweigerlich zu restituiren oder hiefür Entschädigung zu leisten.

Fr. 1 §. 22, 45, 46 depositi (16, 3).

Nirgends ist in den Gesetzen bestimmt, daß der Damnifikat seine Ansprüche zunächst gegen die Diebe zu richten habe.

2) Unerheblich für die Haftung des Depositars ist es, ob die Hinterlegung freiwillig oder auf obrigkeitliche Anordnung in Folge gesetzlicher Bestimmungen geschehen ist; es gehört dieser Umstand

nicht zur Wesenheit des Geschäftes, auf die causa movens, welche den Deponenten zur Hinterlegung bestimmte, hat es nicht anzukommen. Durch den obrigkeitlichen Auftrag oder Zwang wird die Natur des Geschäftes nicht im mindesten alterirt, wie dieses schon daraus hervorgeht, daß die Sequestration, welche oft gegen den Willen der Parteien ex officio verfügt wird, in den Gesetzen als eine species depositi dargestellt wird.

Fr. 6, 17 eod.; Unterholzner, Lehre des röm. R. über Schuldverhältnisse Bd. II S. 660.

3) Auf Fälle einer obrigkeitlich z. B. zum Zwecke einer Untersuchung angeordneten Hinterlegung paßt die Vorschrift des fr. 1 §. 35 eod., nach welcher der Depositar, qui se deposito obtulit, nicht blos „dolum sed etiam culpam et custodiam“ d. h. diligentiam in custodiendo, die Wachsamkeit eines guten Hausvaters (nicht blos dilig. quam in suis rebus) zu prästiren hat. Unter solchen Umständen hat der Depositar die hinterlegte Sache vor dem Abhandenkommen zu bewahren, also auch gegen Entwendungen; er hat omnem culpam zu prästiren, und erst mit der Abwesenheit aller culpa beginnt der casus, für welchen er nicht einzustehen hat.

Fr. 5 §. 22 ut in poss. legat. (36, 4); fr. 13 §. 1, fr. 14 de pign. act. (13, 7); fr. 68 pr. de contr. emt. (18, 1); C. 19 de pignor. (8, 14).

Hasse, die culpa des röm. R. S. 176; Puchta, Vorles. Bd. II S. 98, 99.

Es muß von der Voraussetzung ausgegangen werden, daß der Depositar durch Wachsamkeit den Diebstahl hätte abwenden können; man kann als Regel annehmen, daß dem diligens paterfamilias eine Sache, auf die er besonders Acht zu haben

veranlaßt ist, durch einfachen Diebstahl [5]) nicht abhanden kommen könne. Jedoch kann selbstverständlich der Beweis über Abwesenheit aller culpa (casus fortuitus) nicht versagt werden.

Vangerow, Leitfaden Bd. I §. 105; Puchta a. a. O. S. 99.

Die Beweislast fällt aber in dieser Hinsicht auf den zur Aufbewahrung Verpflichteten.

Seuffert Komment. Bd. III S. 42–3, (ed. II S. 58).

4) Mag auch die Behörde, aus deren Amtslokale gestohlen wurde, den bestehenden Depositalen

---

[5]) Dieser Ausdruck scheint im Gegensatze der Entwendung mittelst Gewaltthätigkeit an Personen (vis major) gebraucht zu sein, indem im gegebenen Falle der Diebstahl, für welchen die Haftung des Staatsärars angenommen wurde, ein durch Einsteigen mit Vorrichtung (über eine Bretterwand) und durch Einbruch (Mauerdurchbrechung) ausgezeichneter war. — Das Kassagewölbe des Landgerichts Sch., woraus die fraglichen Gegenstände entwendet wurden, befindet sich im Erdgeschosse des Landgerichtsgebäudes; das Gewölbe und die daneben angebrachte, nur durch eine (von den Dieben durchbrochene) Mauer getrennte Holzlege stößt an den (zur Zeit des Diebstahls von einer mannshohen Bretterwand begränzten) Hof des Landgerichtsgebäudes auf der Rückseite an. Zur Zeit des Einbruches hat Niemand in der Parterre-Etage sein Nachtlager gehabt, und im Hofe war damals kein Hund. Unter diesen Umständen wurde angenommen, die diligentia in custodiendo sei nicht in vollem Maaße prästirt worden. Es hätte bei der Unsicherheit des Depositenlokales, namentlich der Situation auf der Hinterseite des Hauses in der Richtung gegen den Hofraum und einen öffentlichen Weg, zur Nachtzeit ein besonderer Wächter im Erdgeschosse aufgestellt oder der Verwahrungsort so gewählt werden sollen, daß ein Einbruch nicht geschehen konnte, ohne die Aufmerksamkeit einer in der Nähe befindlichen Person zu erregen.

vorschriften nicht zuwidergehandelt haben, so wird dadurch etwa zwar die Regreßnahme des Aerars gegen den Beamten ausgeschlossen, keinesweges vermag aber dieser Umstand den k. Fiskus, welcher als eigentlicher Depositar erscheint, von der Haftung für das abhanden gekommene Depositum zu befreien.

OAGE. v. 17. April 1855. Nr. 421 54/55.

3.

Provisorische Alimente einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses verabreicht, sind nicht zur Rückforderung geeignet.

Ein Ehemann, indem er die Klage auf Ehescheidung gegen seine Gattin wegen Ehebruches erhob, erwirkte gleich Anfangs ein Mandat wider dieselbe, während des Scheidungsprozesses abgesondert von ihr zu leben; zugleich wurde ihm aber auch aufgegeben, für die gleiche Dauer derselben einen provisorischen Unterhalt zu verabreichen. Nach sieben Jahren wurde die Ehe wirklich wegen dringenden Verdachtes eines verübten Ehebruches geschieden und die Ehegattin als der schuldige Theil erklärt, womit jene Alimentation natürlich erlosch. Nun verlangte aber der Ehemann Rückersatz der von ihm während der sieben Jahre ausbezahlten Alimente. Er wurde jedoch hiemit in allen drei Instanzen zurückgewiesen, und zwar von dem obersten Gerichtshofe insbesondere in dem Anbetrachte: daß nirgends feststeht, ein Scheidungsurtheil wirke auf die Zeit zurück, in welche die Ursache der Scheidung fällt; daß die Beklagte daher auch bis zu der ihr auferlegten Annahme des Scheidebriefes die rechtmäßige Ehegattin des Klägers war; daß die Bezeichnung der Anfangs zuerkannten Alimente als provisorisch nicht den Sinn hatte, sie seien, wie die Prozeßkosten, gegen Widererstattung vorzuschießen, sondern nur den, daß ihr Maaß nach ge-

nommener genauer Einsicht der Sache jeder den Verhältnissen angemessenen Abänderung unterliegen könne.

OAGE. v. 31. Jan. 1856. Nr. 1811 $^{53}/_{54}$.

* * * *

4.

Vom Verfahren in Bezug auf Einreden, welche sich im Laufe des Verfahrens hervorgethan haben, und etwa erst in einer oberen Instanz vorgebracht werden.

Nach Bamberger Partikulargesetze sollen Weibspersonen, die sich nach begangener Unzucht, jedoch vor gerichtlich ausgetragener Sache mit einem Anderen verheirathen, mit dem Anspruche auf Genugthuung abgewiesen werden [6]).

In einem Falle dieser Kategorie verband der Beklagte mit seiner Revision die Anzeige, daß sich Klägerin während der Dauer dieses Prozesses und zwar erst nach geschlossener Verhandlung mit einem Anderen verheirathet habe, woraus sich die Bitte um Entbindung von der Defloration sklage rechtfertige. Hierauf erging oberstrichterliche Verfügung:

> Die Klägerin zur Erklärung darüber, daß und wann sie sich verheirathet habe, unter Vorsteckung einer Frist von 14 Tagen, und unter dem Nachtheile, daß die Angabe des Beklagten als zugestanden angenommen werde, auffordern zu lassen.

Das angezeigte Novum wurde von der Klägerin zugestanden, und über dessen Einfluß auf den in III. Instanz schwebenden Prozeß gemäß weiterer oberstrichterlicher Entschließung [7]) bei dem Unterge-

---

[6]) Bamberger peinl. Gesetzgebung §. 217 S. 203.

[7]) Scheint es nicht angemessen, in dergleichen Fällen die Anordnung zu pflegender Verhandlung eventuell mit der Weisung zur Abforderung einer Erklärung des Gegentheiles über die Wahrheit des Novum zu verbinden?

richte schließliche Verhandlung gepflogen. Auf wiederholte Vorlage der (in solcher Weise ergänzten) Akten erkannte nun der oberste Gerichtshof, auf Grund der neuen Einrede, das erstrichterliche (aus anderen Erwägungen ergangene) Urtheil wiederherstellend: daß Beklagter von der Entschädigung für die Defloration zu entbinden sei.

OAGE. v. 30. Juni 1851 Nr. 646 $^{49}/_{50}$.

5.

Sponsalitia largitas. Bedingtes Eheverlöbniß. Verlöbniß-Kündigung.

Aus oberrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Nach den Vorschriften der Gesetze C. 15, 16 de donat. ante nuptias (5, 3) ist der Bräutigam Geschenke, welche er nach stattgefundenem Verlöbnisse seiner Braut gemacht hat (quod affinitatis coeundae causa oder tamquam futuri matrimonii causa largitur), im Falle des Nichtzustandekommens der Ehe zurückzufordern berechtigt, jedoch nur dann, wenn der Grund, weshalb die Ehe nicht vollzogen worden, in der Weigerung der Braut oder ihrer Eltern beruht, oder wenn ein Zufall, z. B. der Tod der Braut, dazu Veranlassung gegeben hat. War hingegen der Bräutigam selbst oder waren seine Eltern Schuld an der Nichtvollziehung der Ehe, so steht ihm wegen dessen, was er in Hinblick auf die Ehe in freigebiger Absicht seiner Braut zugewendet hat, ein Rückforderungsrecht nicht zu.

Im gegebenen Falle war die (Rückforderungs-) Beklagte zur Eingehung der Ehe mit dem Kläger noch fortwährend bereit, und Kläger hatte selbst in der Klage angeführt, nicht Beklagte oder ihr Vater, sondern lediglich er (der Kläger) habe von der beabsichtigten Verheirathung zurückzutreten erklärt; jedoch mit der Erläuterung, daß er seine Einwilli-

gung, die Beklagte zu heirathen, ausdrücklich gegen sie und ihren Vater an gewisse Bedingungen geknüpft habe, unter welchen der Vater der Beklagten ihm sein Gut verkaufen solle, und dann diese Bedingung nicht eingetreten sei.

In Beurtheilung dieses Sachverhältnisses heißt es:

Verlöbnisse können bekanntlich gültiger Weise an Bedingungen geknüpft werden. Ist ein Verlöbniß bedingt geschlossen, d. h. die künftige Eingehung der Ehe von einer Bedingung abhängig gemacht worden, und die Bedingung tritt nicht ein, so erscheint die Vollziehung der Ehe als durch Zufall gehindert, und die Geschenke, welche sich die Verlobten gemacht, können den obigen Grundsätzen gemäß in der Regel zurückgefordert werden. Es versteht sich jedoch, daß, wenn eine solche Bedingung rechtliche Beachtung finden soll, sie gleich Anfangs bei der ersten Erklärung der Einwilligung in die Ehe gestellt worden sein muß. Denn wollte einer der verlobten Theile solche Bedingungen für die Vollziehung des Verlöbnisses erst später stellen, so würde dies einen bedingungsweisen Rücktritt von dem Verlöbnisse enthalten. Ein solcher einseitiger Rücktritt aber erscheint als Bruch des Verlöbnisses, der zwar nach heutigem (Sächs.) Rechte auch bei einem öffentlichen Verlöbnisse keine Klage auf Vollziehung der Ehe mehr begründet, aber doch immer hinsichtlich der noch übrig bleibenden rechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses, namentlich also auch in der hier fraglichen Beziehung, den, welcher durch nachträgliches Stellen von Bedingungen die Ehe hindert, als schuldigen Theil erscheinen läßt.

Es war daher auf Beweis des Grundes der Klage zu erkennen.

Erk. des AG. zu Dresden von 1852 (Poppe v. Herdin). Ztschr. f. Rechtspfl. u. Wissensch. N. F. Bd. 13 S. 76.

5.

Streitigkeiten über Gemeinderechte nach vollzogener Theilung des Gemeindegrundes. Verwaltungssache.

Vgl. Komment. ü. d. GO. Bd. I (Aufl. II) S. 170.

In den Jahren 1833 und 1847 nahm die Gemeinde Großmehring Theilungen von Gemeindegründen vor; ohne dem Besitzer der dem Gemeindeverbande einverleibten Schaumühle einen Antheil zukommen zu lassen. Dieser trat nun, ein der Schaumühle zugehöriges Gemeinderecht behauptend, im Jahre 1848 gegen die Gemeinde klagend auf, und verlangte sowohl aus der früheren als aus der jüngsten Theilung seine Antheile und für den bisher entzogenen Nutzen eine Vergütung von 332 fl. Die Klage wurde zur Verhandlung gezogen, in welcher Beklagte das für die Schaumühle behauptete Gemeinderecht in Abrede stellte. Hierauf erkannte das Untergericht auf Beweis. Der Beklagte appellirte und das Obergericht sprach aus, daß die Klage nicht zur Kompetenz des Civilrichters gehöre. Dieser Ausspruch, vom Kläger angefochten, wurde oberstrichterlich bestätigt. Gründe:

a) Die Verordnung vom 22. Februar 1808 (Reg.-Bl. S. 854) sagt nicht, daß die Frage über das Gemeinderecht nur dann zur Kulturstelle kompetire, wenn sie sich *während der Verhandlung* über die Theilung der Gemeindegründe, oder auch *vor deren Vollzug* ergebe. Aus dem wörtlichen Inhalt derselben geht vielmehr hervor, daß in dem Falle, durch welchen die Verordnung veranlaßt wurde, die Gemeindegründe schon vertheilt waren, und daß die Klage zur Kompetenz der Kulturstellen gehörig deßwegen erklärt wurde, weil sie einen bereits schon einmal von diesen behandelten und nach den bestehenden Verordnungen dahin kom-

petirenden Gegenstand betreffe. Der diese Verordnung veranlassende Fall war also ganz gleichartig mit dem vorliegenden.

b) Um der Klagbitte in der Hauptsache zu entsprechen, müßten entweder die schon geschehenen Theilungen reassumirt, oder es müßten von noch unvertheilten Gemeindegründen dem Kläger verhältnißmäßige Antheile ausgemittelt werden. Daher ist die Behauptung ungegründet, daß vorliegend keine prinzipale Klage gegeben sei, für welche sich das Gemeinderecht als Präjudizialfrage darstelle. Wenn aber (wie Revident behauptet) die fraglichen früheren Theilungen nicht durch die Behörde geleitet, sondern von der Gemeinde via facti vorgenommen worden wären, so läge darin noch um so mehr ein Grund, daß die Sache zur Kognition der dafür kompetenten Kulturstelle gebracht werde. Sind nun

c) vorliegend für die Frage der Zuständigkeit des Gemeinderechtes die Kulturstellen deswegen kompetent, weil sie mit einer Theilung von Gemeindegründen in Verbindung steht, so wird hierin dadurch nichts abgeändert, daß der Kläger dieselbe auf Verjährung und auf seinen Kaufbrief vom 17. Januar 1833 stützt. In diesem Anführen sind zwar privatrechtliche Titel behauptet. Allein die Verordnung vom 22. Febr. 1808 macht von der Eigenschaft des Titels, auf welchen hin das Gemeinderecht beansprucht wird, bezüglich der Kompetenz nichts abhängig. Der Klaggrund mag politischer oder privatrechtlicher Natur sein, so steht dessen Würdigung, wenn die Verordnung vom 22. Febr. 1808 Anwendung zu finden hat, immer der Kulturstelle zu.

OAGE. v. 20. Jänner 1854. Nr. $1542^{51}/_{52}$.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 24. Mai 1856. 21. Jahrgang. № 11.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Vorschrift des Taxgesetzes von 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobiliarverträgen ist keine civilrechtliche. — Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen im Ehevertrage. **Stipulatio turpis.** — Debitverhandlungen in Verlassenschaftsakten. Rechtsmittel gegen die desfallsigen Verfügungen. — Separationsrecht und Faustunterpfand an einem Waarenlager und den Ausständen einer Handlung im Universalkonkurse auf Grund einfacher Zusicherung in Anspruch genommen. — Klage aus einer Expromission. Begründung. Beweissatz. — Widersprechende Einreden als unvereinbar nach den Umständen des Falles auch unzulässig. — Beweiskraft des Grundsteuerkatasters. — Miszelle.

Die Vorschrift des Taxgesetzes von 1852 Art. 23 über das Erforderniß öffentlicher Urkunden bei Immobiliarverträgen ist keine civilrechtliche.

Ein Mann der Ordnung thut Verschiednes nicht zugleich;
Es liegt das Rechtsgebiet nicht im Finanzenreich.

Der Art. 23 des Taxregulativs vom 28. Mai 1852 (Gesetzbl. S. 301 u. ff.) bestimmt:

„Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachtete Rechte betreffen, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, müssen öffentliche Urkunden errichtet werden.

Allen Behörden und Stellen ist untersagt, die Umschreibung des Erwerbs- oder Besitztitels über besagte Immobilien oder ihnen gleichgeachtete Rechte in den Steuer-, Lager-, Grund- oder Hypothekenbüchern eher vorzunehmen, als der Ausweis über die Entrichtung oder Hinterlegung der treffenden Taxen vorgelegt ist."

Es wurde nun in neuerer Zeit die Frage angeregt, ob die Nichtbefolgung dieser gesetzlichen Bestimmungen eine Nichtigkeit der fraglichen Verträge zur Folge habe, mit anderen Worten, ob in jenen

Landestheilen, in welchen nach den daselbst bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen vor dem Taxregulative v. 28. Mai 1852 zur rechtsbeständigen Errichtung der obenbezeichneten Verträge eine gerichtliche Verlautbarung nicht erforderlich war, solche nunmehr bei Strafe der Nichtigkeit nothwendig ist?

Diese Frage ist mit Rücksicht auf die Entstehung des erwähnten Taxregulativs unbedingt zu verneinen.

Der Entwurf zu fraglichem Gesetze enthielt nämlich nur den Absatz 1 des nunmehrigen Art. 23 und hierin statt der Schlußstelle:

„müssen öffentliche Urkunden errichtet werden" — die Worte:

„sind bei Strafe der Nichtigkeit öffentliche Urkunden zu errichten." —

Vgl. KVerh. der K. d. A. vom J. $18^{51}/_{52}$ Beil. Bd. III S. 203.

Bei Berathung des erwähnten Gesetz-Entwurfes in der Kammer der Abgeordneten wurde jedoch von Seite des Abg. Breitenbach beantragt und durch Kammerbeschluß genehmigt, daß die Worte des Entwurfs: „sind bei Strafe der Nichtigkeit" u. s. w. in die Worte:

„müssen öffentliche Urkunden errichtet werden" umgewandelt und zur Sicherung des Aerars noch ein Zusatz beigefügt werde, wie solcher im Art. 23 Abs. 2 des gegenwärtigen Gesetzes unveränderte Aufnahme gefunden hat. Zur Motivirung wurde angeführt: es sei sehr bedenklich und ungeeignet, in ein Finanzgesetz so tiefeingreifende civilrechtliche Normen, wie solche mit den Worten des Entwurfes: „bei Strafe der Nichtigkeit" beabsichtigt würden, aufzunehmen und gleichsam so nebenbei abzufertigen.

Vgl. KVerh. Stenogr. Ber. Bd. IV S. 309 ff. bes. S. 314.

Nachdem nun der Antrag des Abg. Breitenbach dem Art. 23 des Taxregulativs vom 28. Mai

1852 wortwörtlich und vollständig entspricht, so kann es im Hinblicke auf die Motive des Antrags sowie der bezüglichen Kammerbeschlüsse keinem Zweifel unterliegen, daß der ebengenannte Art. 23 die vor ihm über die Verlautbarung der Verträge in den einzelnen Landestheilen bestehenden civilrechtlichen Normen durchaus nicht berührt und nur etwa mit sich bringt, daß die Behörden und Stellen die durch ihre Nichtbefolgung des Abs. 2 zu Verlust gegangenen Taxen zu ersetzen haben.

Vgl. Verh. d. Abg. Beil. Bd. III S. 206 und Bd. IV S. 50, Stenogr. Ber. Bd. III S. 312 und 313.

Nachschrift. In einer Rechtssache wurde gegen die Geltendmachung eines über ein Gasthaus geschlossenen Kaufvertrages eingewendet, derselbe sei wegen Ermangelung gerichtlicher Protokollirung ungültig, sowohl im Hinblick auf Art. 23 des Taxgesetzes von 1852 als weil die gerichtliche Protokollirung ausdrücklich bedungen worden sei. Bei der Begutachtung in dritter Instanz wurde hierüber bemerkt: die Perfektion und Gültigkeit des Vertrags hängt nicht von der Protokollirung ab, und wenn auch das Taxregulativ bestimmt, daß die gerichtliche Protokollirung zu geschehen habe, so ist dieß lediglich eine administrative Anordnung zur Sicherung der Taxgefälle und hat keinen Einfluß auf die Perfektion des Vertrags. Dieß ist bereits von beiden Instanzen ausgesprochen .... Beklagter hatte nämlich gleich im Beginne seiner Exception die definitive Abweisung der Klage beantragt, weil der Kauf nicht protokollirt worden sei; allein beide Instanzen haben diese Einrede verworfen, annehmend, daß die Protokollirung kein Essentiale zur Perfektion des Vertrags sei, wobei beide Theile sich beruhigten. — Wenn demzufolge in den Motiven des hierauf ergangenen OAGE. v. 3. Juli 1855 der in Betreff des Art. 23 ange-

regten Frage nicht ausdrückliche Erwähnung geschah, so trifft doch mit obiger Beantwortung der Frage zusammen, was darin in Betreff der Protokollirung gesagt wurde: „Wenn die gerichtliche Protokollirung des Vertrages ausdrücklich bedungen wurde, dann erscheint die Protokollirung als eine nothwendige Bedingung der Perfektion des Vertrags."

OAGAkt. Nr. $1010^{54}/_{55}$.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Bestimmungen über Ehescheidungsstrafen im Ehevertrage. Stipulatio turpis.

Der Banquier G. schloß mit seiner Ehefrau mehrere Wochen vor der im Sept. 1845 erfolgten Trauung einen Ehegelöbniß- und Erbvertrag am 15. Juli desselben Jahres gerichtlich ab, dessen §. 9 wörtlich dahin lautete:

> Die Verlobten hoffen mit Zuversicht, daß sie in glücklicher und friedlicher Ehe leben werden. Sollte dieselbe indessen wider alles Erwarten durch richterliches Erkenntniß getrennt und dabei Herr G. für den überwiegend schuldigen Theil erachtet. werden, so wird die Höhe der alsdann von ihm zu zahlenden Ehescheidungsstrafe hiermit auf 8000 Thlr. festgesetzt, wodurch alsdann sämmtliche Ansprüche der geschiedenen Gattin an das Vermögen oder den Nachlaß des Herrn G. ausgeglichen sein werden.

Der hier vorausgesetzte Fall trat hinterher wirklich ein, indem die Ehe des G. auf dessen Antrag,

wegen der von ihm behaupteten und durch Thatsachen unterstützten unüberwindlichen Abneigung gegen seine Ehefrau, durch ein am 27. April 1853 gesprochenes Revisions-Erkenntniß getrennt, der G. dabei für den schuldigen Theil erklärt und in die Ehescheidungsstrafe verurtheilt wurde, unter Verweisung der durch obigen Vertrag angeregten Frage zur besonderen Erörterung und Entscheidung.

Nun klagte die geschiedene Ehefrau gegen G. auf Zuerkennung des sechsten Theils seines Vermögens, wogegen der Verklagte beantragte, die Zuerkennung auf 8000 Thlr. zu beschränken. In erster Instanz wurde nach dem Antrage der Klägerin, in zweiter nach dem des Verklagten erkannt. Der oberste Gerichtshof stellte das erste Urtheil wieder her. In den Motiven wurde unter anderem geäussert:

Niemand kann durch Willenserklärungen zu Handlungen verpflichtet oder berechtigt werden, welche die Ehrbarkeit beleidigen. Dies gilt auch von Verträgen, deren Gegenstand ein die Ehrbarkeit beleidigender ist[1]). Als die Ehrbarkeit beleidigend erscheint es nun aber ohne Zweifel, wenn von Personen, welche sich zu ehelichen beabsichtigen, schon vor Schließung der Ehe eine künftige, die Ehescheidung herbeiführende Verletzung der ehelichen Pflichten als möglich vorausgesetzt wird, und im Voraus für diesen Fall kontraktliche Bestimmungen über die dann dem unschuldigen Theile zu leistende Ehescheidungsstrafe, nach Befinden sogar zum Vortheil des für schuldig zu erachtenden Gatten getroffen werden. Dazu kommt, daß eine Verzichtleistung auf Rechte,

---

[1]) Bezugnahme auf preuß. LR. Th. I Tit. 4 §. 7, Tit. 5 §. 39. — Vgl. fr. 26, 35 §. 1 de verb. oblig. (45, 1); C. 6 de pactis (2, 3).

die aus künftigen unerlaubten Handlungen entstehen möchten, unwirksam ist [2]) . . . . . [3]).

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 13. Dez. 1854. Entschl. des OT. Bd. 29 S. 373 f.

2.

Debitverhandlungen in Verlassenschaftsakten. Rechtsmittel gegen die desfallsigen Verfügungen.

In Verlassenschaftsakten kommen häufig Erklärungen und Anträge von Seite der Erbschaftsprätendenten, Gläubiger, Legatare u. s. w. vor, in welchen sich kollidirende Interessen geltend machen. Bezüglich der darauf in denselben Verlassenschaftsakten ergehenden Verfügungen entstehen mitunter Zweifel, ob dieselben als in einer Civilprozeßsache, oder als extra viam et ordinem processus ergangen anzusehen und zu beurtheilen seien, welcher Gegensatz insbesondere für die etwa zu ergreifenden

---

[2]) Vgl. preuß. LR. I Tit. 16 §. 400 mit fr. 27 §. 3, 4 de pactis (2, 14).

[3]) Die Bezugnahme des Verklagten auf preuß. LR. Thl. II Tit. 1 §. 825 wurde für unerheblich erachtet, weil bei den Bestimmungen dieses §., wie des vorhergehenden und des nachfolgenden keine, von Brautleuten geschlossene Ehe- und Erbverträge, sondern solche Verträge vorausgesetzt worden seien, welche in Bezug auf die bei erfolgter Ehescheidung dem unschuldigen Theile zu gewährende Abfindung nach bereits eingegangener Ehe unter den Eheleuten errichtet werden. Der §. 824 spreche von einem unschuldigen Ehegatten, der sich der ihm gesetzlich zukommenden Abfindung begibt. Der §. 825 erkläre die dort gedachten Verträge für eben so gültig, wie andere unter Eheleuten geschlossene Verträge. Der §. 826 besage, daß durch Verträge über die Abfindung die aus der Ehe erzeugten Kinder in ihren Rechten nicht verkürzt werden könnten . . . .

Rechtsmittel von wesentlicher Bedeutung ist. In Beurtheilung einer vorgekommenen Rechtssache scheint man die Ansicht adoptirt zu haben, daß der Umstand der Verhandlung und Verfügung in den Verlassenschaftsakten für die Qualifikation nicht entscheidend, vielmehr der Gesichtspunkt der Civilprozeßsache anzunehmen sei, wenn die gepflogenen Verhandlungen den Inhalt einer Debitverhandlung, einer Erörterung über Ansprüche an den fraglichen Nachlaß und über die Verbindlichkeit dafür einzustehen, hatten und vom Gerichte über die kollidirenden Anträge der Betheiligten Bescheid ertheilt wurde. Von einem Interessenten (Erbschaftsverkäufer, beziehungsweise Einlöser einer Anzahl von Forderungen an den Nachlaß) war zu den Verlassenschaftsakten die Eröffnung des allgemeinen Konkurses über die fragliche Erbschaft beantragt worden. Diesem Antrage wurde nicht stattgegeben, vielmehr die Verweisung mehrerer (als Gläubiger oder Legatare) Betheiligten zur Klagstellung gegen den Ersterwähnten (als Erbschaftskäufer) verfügt. Auf dessen Beschwerdeführung wurde vom Obergericht der erstrichterliche Bescheid aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen, gedachten Gläubigern und Legataren den von dem Appellanten in einer konnexen Gantsache vorgelegten Arrangements-Vorschlag zur Einsicht mitzutheilen, deren Erklärungen und Anträge hierüber zu hören, und hiernach weiter zu verfügen oder zu erkennen, was Rechtens. Sowohl jener Implorant als einige Gegenbetheiligte wandten sich nun beschwerend an den obersten Gerichtshof, wobei von einer Seite ausdrücklich geltend gemacht wurde, daß es sich hier von Verhandlungen und Verfügungen extra viam processus handle. Das OAG. erachtete aber die Beschwerdeführungen für unzulässig: da das angefochtene Erkenntniß zweiter Instanz sich offenbar als ein solcher richterlicher Zwischenbescheid darstellt, gegen welchen nach §. 52

Nr. 2 mit §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 eine selbstständige Berufung nicht zulässig ist."
OAGE. v. 11. Juni 1852. Nr. $1015^{50}/_{51}$.

3.

Separationsrecht und Faustunterpfand an einem Waarenlager und den Ausständen einer Handlung im Universalkonkurse auf Grund einfacher Zusicherung in Anspruch genommen.

Der Kaufmann X. hatte nicht ganz ein Jahr vor dem Bekanntwerden seiner Insolvenz seinem Banquier M., in dessen Hause er zufällig miethweise sein Geschäft betrieb, eine Privaturkunde des Inhaltes ausgestellt: da M. seit vielen Jahren vielfältige Verpflichtungen durch Girirung seiner Wechsel übernommen, ihm auch sehr oft baar Geld behändige, so gebe er demselben hiemit sein sämmtliches Waarenlager in dessen Hause als eigenthümliches Faustunterpfand, ... ebenso seine daraus entspringenden Ausstände zu seiner gänzlichen Sicherheit, wogegen sich von selbst verstehe, daß M. ihm das Vertrauen des freien Ein- und Verkaufes der Waaren überlasse. Noch zwei Monate vor dem Ausbruche des Fallimentes der Handlung war dieselbe Urkunde gerichtlich anerkannt und ihr Inhalt bekräftigt worden.

In dem bald darauf eröffneten Konkurse liquidirte der Banquier M. eine bedeutende Wechselforderung, für welche ihm in beiden Vorinstanzen das Separationsrecht an den Ausständen der Handlung als Zessionar zugesprochen, der hier nicht gedeckte Ueberrest dagegen auf dem Erlöse des Waarenlagers als des bestellten Faustpfandes in die dritte Klasse der Prior.-Ord. eingestellt wurde.

Der oberste Gerichtshof, durch ein Revisionsgesuch der übrigen Gläubiger mit der Sache befaßt, änderte ab und ersetzte jene Forderung als einfache

Wechselschuld in die vierte Klasse zurück. In den Gründen des OAGE. v. 26. Jan. 1856 (Nr. $507^{53}/_{54}$) kömmt hiezu vor:

1) Durch anerkannte Privaturkunde vom .... hat X. erklärt, er gebe dem M. u. s. w. (folgt ein Auszug der Urkunde), diesem Vertrage kömmt in dem nun ausgebrochenen Konkurse der Handlung X. nicht die geringste Wirkung zu. Die Ueberlassung eines ganzen Waarenlagers zum eigenthümlichen Unterpfande, schon an sich eine Verbindung zweier widersprechender und sich ausschließender Rechtsbegriffe darstellend, war keine Hingabe an Zahlungsstatt, weil die Forderung noch ganz unbestimmt und zu jener Zeit nicht einmal geboren, ihre Voraussicht nur als Beweggrund angeführt, die Waaren nach ihrer Individualität nicht bezeichnet, nirgends ein Preis dafür angesetzt oder durch eine Hinweisung erfaßlich gemacht war, weil die Spezies der Leistung und Gegenleistung einem beständigen Wechsel unterlag und der vorbehaltene freie Ein- und Verkauf sich jeder Veräußerung der damals vorhandenen Waaren widersetzte, während doch die Annahme einer Sache an Zahlungsstatt unter den Begriff des Kaufes fällt, mithin auch alle wesentlichen Stücke des letzteren, res, pretium et consensus erfordert. Fr. 15 quib. ex caus. in poss. eatur (42, 4): „Is ... emtori similis est, ... qui rem in solutum accepit."

2) Alle diese Gründe passen in gleicher Weise und noch mehr in Bezug auf die Anweisung der Außenstände zur Sicherheit; mit jener Urkunde versehen war M. nicht legitimirt, nur einen einzigen derselben einzuklagen[1]) oder eine Elle aus dem

[1]) Offenbar lag es im Sinne jener Einräumung, daß deren Verwirklichung von einer späteren Abrechnung unter den Betheiligten und der Feststellung eines bestimmten Guthabens für den M. abhängen soll.

Waarenlager des X. zu verkaufen. Aber auch ein General- oder Faustpfand konnte dadurch nicht begründet werden, weil es an der Uebergabe des Waarenlagers in den Besitz des X. fehlte, welches doch nach §. 21 Nr. 3 der Prior.-Ord. unerläßliche Bedingniß eines wirksamen Faustpfandes ist, weil ihm jenes Vorzugsrecht der dritten Klasse an dem Erlöse nur insoferne in Aussicht gestellt ist, als er die Sache zur Konkursmasse wieder einliefert. Durch jene Ueberlieferung in den Besitz des Gläubigers ist eine äußere Kundgabe des eingeräumten Vorzugsrechtes bezielt, welche auch Dritte in den Stand setzt, darauf Rücksicht zu nehmen, und welche durch eine bloße Repromissio nicht ersetzt werden kann. Der zufällige Umstand, daß sich das Waarenlager in einem gemietheten Gewölbe von X.'s Hause untergebracht fand, ist völlig gleichgültig für den fehlenden Uebergang eines Besitzes, weil ihm keine Art Einwirkung auf den Inhalt der verschlossenen Räume zustand.

3) Das Prinzip der Publizität und Spezialität, welches das Hypothekengesetz gleichwie die Prioritätsordnung von 1822 in Ansehung der Separations- sowie der Vorzugsrechte in der II. und III. Klasse durchgreifend beherrscht, ist exklusiv für die Wirkung geheimer Abmachungen, durch welche einer ganzen Vermögensmasse oder doch einem kollektiven Bestandtheile derselben, wie Waarenlager und Ausstände einer Handlung unter der Decke eine bevorzugte Haftung für gewisse Forderungen aufgeprägt werden soll, weil dadurch der Sache nach nur die abgeschaffte Generalhypothek wieder in's Leben gerufen würde. Die Hinweisung auf den rein eingebildeten Uebergang eines Eigenthumes ohne alle Zuständigkeiten eines Eigenthümers würde nur auf eine Umgehung jener weisen Vorschrift des Gesetzes hinauslaufen und findet sich daher in dem Ausschlusse des geringeren Rechtes,

der Generalhypothek, von selbst als das größere nur desto mehr gemißbilligt und mitbegriffen. Fr. 29 de legibus (1, 3). Die Fiktion des Constitutum possessorium, indem sie durch keine äußere Offenbarung in den Umkreis der Wahrnehmung hervortritt, muß im Angesichte jener neuen Gesetze ohnmächtig bleiben, um unter dem Vorwande eines nur in der Idee bestehenden Eigenthumes oder Pfandrechtes eine fahrende Habe, ein Waarenlager oder die Aktivausstände einer Handlung in Masse in dritte Hände hinüberzuspielen und auf solche Weise von einer Konkursmasse zum bitteren Schaden der in gutem Glauben verharrenden Gläubiger absondern oder als gültiges Unterpfand behandeln zu lassen.

****

3.

Klage aus einer Expromission. Begründung. Beweissatz.

Die Klage des Joseph H. war auf zwei Behauptungen gegründet, nämlich

a) darauf, daß er dem nun verstorbenen Joseph N. und dessen Ehefrau ein zu 3 prC. verzinsliches Darlehen von 1000 fl. gegeben, und daß Beklagter Anton N., Sohn der Darlehens-Empfänger und Uebernehmer des elterlichen Bräuanwesens, vertragsmäßig alle vorhandenen Schulden seiner Eltern zu übernehmen hatte und übernommen habe, und

b) auf die weitere Behauptung, daß Beklagter diese Schuld zu 1000 fl. am 11. Juni 1849 anerkannt, und zurückzuzahlen versprochen habe.

In zweiter Instanz wurde dem Kläger zu beweisen aufgelegt:

> Daß er den Eltern des Beklagten 1000 fl. geliehen, und Beklagter diese 1000 fl. am

11. Juni 1849 anerkannt und zurückzuzahlen versprochen habe.

Diese Beweisauflage wurde oberstrichterlich bestätigt. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

In dem Vorbringen der Klage, daß Joseph H. dem Joseph N. und seiner Ehefrau ein Darlehen von 1000 gegeben, und daß ihr Sohn Anton N. nach dem Tode seines Vaters und nach seiner angeblich am 31. Mai 1849 erfolgten Uebernahme des elterlichen Bräuanwesens diese Schuld pr. 1000 fl. am 11. Juni 1849 anerkannt und zurückzuzahlen versprochen habe, liegen alle gesetzlichen Erfordernisse einer rechtsgültigen Novation durch Expromission, wie sie das bayer. LR. Thl. IV Kap. 15 §. 4 pr. und §. 6 Nr. 1 bestimmt; denn es ist darin der ursprüngliche Schuldner, so wie die rechtliche Eigenschaft und die Größe der Schuld genau bezeichnet, und die ausdrückliche Erklärung des Beklagten, daß er diese Schuld anerkenne und zur Zurückzahlung übernehme, d. h. nunmehr der Schuldner sein wolle, nebst der Zeit dieser Erklärung bestimmt angegeben, sofort ein neues Vertragsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten behauptet, wodurch dieser der Schuldner des Ersteren statt der ursprünglichen Darlehensempfänger geworden ist. Die Klage erscheint daher nach den ihr unterstellten Thatsachen als rechtlich begründet, da hiernach der Beklagte als Expromittent unmittelbar belangt werden kann. Die in zweiter Instanz gemachte Beweisauflage entspricht auch dem Klagvorbringen, so weit es den Klagegrund der Expromission betrifft, indem hiezu wegen des vom Beklagten eingelegten Widerspruches allerdings auch der Nachweis des wirklichen Bestandes der ursprünglichen Schuld gehört, weil ohne diese Voraussetzung die Expromission gegenstandlos wäre, und angenommen werden müßte, daß der Beklagte bei

der Expromission in einem wesentlichen für ihn unverbindlichen Irrthume gehandelt habe, wenn dieselbe dennoch stattgefunden hätte[1]) .....

.... Die Qualität der eingeklagten Schuld und die Art ihrer Entstehung, nämlich durch ein Darlehen, ist ausdrücklich angeführt. Die Angabe der Zeit des Darlehens ist für den Beklagten unerheblich; für ihn entscheidet nur die Zeit der Expromission, welche auf den 11. Juni 1849 bestimmt ist, und der behauptete Umstand, daß die von ihm übernommene Schuld damals bereits bestanden hat. Der Zweifel an der Identität der Schuld wird durch die der Klage entsprechende Beweisauflage, daß Beklagter die seinen Eltern vom Kläger dargeliehenen 1000 fl. anerkannt und zurückzuzahlen versprochen habe, vollkommen beseitigt, da weder der Kläger noch weitere 1000 fl. Darlehen zu fordern haben will, noch der Beklagte wegen einer solchen Forderung in Anspruch genommen zu werden behaupten konnte.....

OAGE. v. 18. Mai 1855. Nr. $991^{54}/_{55}$.

4.

Widersprechende Einreden als unvereinbar nach den Umständen des Falles auch unzulässig.

(Zu Bd. XIX S. 241 ff.)

Der actio emti auf Erfüllung eines außergerichtlich abgeschlossenen Gutskaufes setzte der beklagte

---

[1]) Ist es nicht vielmehr Sache des Expromittenten, den stattgefundenen Irrthum nachzuweisen, wenn in der Expromissionsurkunde die causa der übernommenen Schuld angegeben und die Richtigkeit der gegenüberstehenden Forderung unzweideutig anerkannt ist? Paßt der Fall nicht unter die Vorschriften des fr. 25 §. 4 de probat. (22, 3) und des cap. 14 X de fide instrum. (2, 22)? — Vgl. auch bayer LR. Th. IV Kap. 13 § 6 Nr. 1.

Verkäufer unter anderen auch die Einrede entgegen, er sei zur Zeit der Eingehung des Vertrages betrunken und daher seiner selbst nicht mächtig gewesen. Diese Einrede wurde ihm auch zum Beweise auferlegt. Erst während die Sache aus Anlaß der Revision des Beklagten gegen das Beweisthema in der III. Instanz vorlag, wollte sein Anwalt entdeckt haben, daß derselbe auch zur kritischen Zeit an periodischem Wahnsinne gelitten habe; er stellte daher im Wege der Incidentrestitution unmittelbar an die dritte Instanz die Bitte, ihn auch alternativ mit zum Beweise dieser Einrede zuzulassen. — Dieses Restitutionsgesuch wurde vom obersten Gerichtshofe als unerheblich und unzulässig zurückgewiesen, weil die Information, welche der Beklagte dem Anwalte ertheilt haben mußte, daß er damals betrunken gewesen, von selbst ein Zugeständniß enthalte, daß er sich zu jener Zeit bei gesundem Verstande befunden und den Vertrag daher in einem lucidum intervallum abgeschlossen, weil in Voraussetzung einer Störung seiner geistigen Kräfte jeder Rückgriff auf die weit tiefer liegende und vorübergehende Trunkenheit unnöthig gewesen, so daß die neu vorgeschützte Einrede als hiemit nicht weiter vereinbar und widersprechend in sich selbst zusammen fallen müßte.

OAGE. v. 18. Febr. 1856. Nr. $540^{53}/_{54}$.

5.

Beweiskraft des Grundsteuerkatasters.

Vgl. Bd. XIV S. 224.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Im §. 95 Abs. 2 des Grundsteuergesetzes ist bestimmt, daß alle nicht angemeldeten Ansprüche und Reklamationen nach Ablauf der dreijährigen Reklamationsfrist ausgeschlossen sein sollen und das

Grundsteuerkataster als Saal- und Lagerbuch mit Beweiskraft zu gelten habe.

Ein Katastereintrag hat hienach bezüglich der liquidirten Dominikalien die Kraft einer Definitivsentenz nicht, so daß alle nicht angemeldeten Ansprüche für den Berechtigten verloren wären oder irrthümliche Ueberträge aus der Liquidation entgegen dieser und der zustimmenden Erklärung des anderen Interessenten einen neuen von keiner Seite behaupteten Rechtsstand zu schaffen vermöchten.

Der Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche oder unterlassener Reklamationen hat nur auf die definitive Gestaltung des Katasters Bezug, das durch seinen Abschluß eine vollständig beweisende Urkunde werden sollte, welche jedoch den Nachweis eines zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestehenden anderen Verhältnisses in eben der Weise zuläßt, als jeder Beweis, so wie auch ein Saal- oder Lagerbuch durch Gegenbeweis aufgehoben und anstatt der als erwiesen anzunehmenden Thatsache eine ihr entgegenstehende dargethan werden kann.

Durch die Bestimmung des §. 95 Abs. 2 des Grundsteuergesetzes vom Jahre 1828 ist also der Rechtsweg gegen einen in das Definitivum übergegangenen Katastereintrag nicht ausgeschlossen, und war die Klage der Kirchenverwaltung B. auf Leistung der behaupteten höheren Korngilt gegen Konrad W. zulässig, es mag dem einen niedereren Betrag enthaltenden Katastervortrage ein Irrthum der Steuerkatasterkommission bei Anlegung des Katasters zu Grunde liegen, wie Klägerin behauptet, oder schon die Liquidation einen Irrthum enthalten haben; zumal in letzterer Beziehung keine Thatumstände geltend gemacht wurden, welche die Heilung des Irrthums nicht mehr gestatten würden .....

OAGE. v. 27. Okt. 1855. Nr. $487^{54}/_{55}$.

Miszelle.

Eine Dame in vorgerückten Jahren.

Was ist eine Dame in bereits vorgerückten Jahren, — une dame d'un age déjà avancé? Das Bezirksgericht in Lyon wußte diese heikle Frage, mit der man seine Weisheit auf die Probe stellen wollte, glücklich zu umschiffen. H. Büatier hatte in einer öffentlichen Versteigerung zu Lyon ein sehr baufälliges Haus um 5150 Fr. als Meistbietender zugeschlagen erhalten, ohne die im Saale angehefteten Streichbedingnissegen au und aufmerksam gelesen zu haben. Unter denselben befand sich ganz am Schlusse in gewöhnlicher fortlaufender Schrift auch die Bemerkung mit eingeflochten, einer bereits im vorgerücktem Alter stehenden Dame gebühre auf diesem Hause eine Leibrente von 1500 Fr., welche vom Käufer ohne Einrechnung mit übernommen werden müsse. Als Herr B. diese Bedingniß gewahr wurde, erschrack er anfangs, daß er unbesonnen in eine solche Falle gegangen, schöpfte aber bald wieder Muth in dem Gedanken, die Alte könne höchstens noch einige Jahre leben und werde ihm die Zeit ihres Lebens nicht lang machen. Als er sich aber näher nach ihrer Persönlichkeit erkundigte, neuer Schrecken! Die Dame war erst 49 Jahre alt und konnte bei guter Gesundheit noch 30 Jahre leben.

Nun entstand die Rechtsfrage: Ist ein Frauenzimmer mit 49 Jahren wirklich eine Dame in bereits vorgerückten Jahren? Herr B. verneinte dieselbe und focht den Kauf als nichtig an, weil er durch eine künstlich entstellte Bedingung über den wahren Stand der Sache und den Umfang seiner übernommenen Verpflichtung hintergangen worden sei. Sein Anwalt suchte in einem geistreichen Vortrage die ganze Damenwelt auf seine Seite zu ziehen, indem er den schwierigen Beweis zu führen unternahm, eine Dame von jenem Alter stehe noch in der Blüthe ihrer Jugend. Was konnte hier das Gericht thun? Es täuschte die Neugierde durch eine Abweisung der Klage, ohne auf die Frage einzugehen, aus dem näher gelegenen Grunde, der Kläger hätte sich durch eine Nachfrage von dem wahren Stande der Sache leicht überzeugen können und sollen; über Schaden, welchen man sich durch eigene Schuld zuziehe, könne man sich nicht beklagen. (Gazette des Tribunaux v. 10. März 1856.)

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 7. Juni 1856. 21. Jahrgang. № 12.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit. — Civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale. Selbsthülfe. Aussetzung. — Ein Fall erlaubter Selbsthülfe. — Prüfung der Berufungs- (Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege? — Bescheid über Art der Beeidigung eines jüdischen Zeugen. Berufungsunzulässigkeit. Extrajudizialbeschwerde. —

Strafrechtliche Bedenken..

1) Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit.

Wo Doppelmaß der Kraft nach einer Richtung treibt,
Da spukt ein Fehler, wenn die Wirkung einfach bleibt.

Denjenigen, welche zur Zeit des begangenen Verbrechens oder Vergehens das zwölfte, aber noch nicht das sechzehnte Jahr zurückgelegt haben, soll, wenn sie der Zurechnung fähig erkannt worden, die Strafe nach den in Art. 99 Th. I des StGB. v. 1813 bestimmten Abstufungen gemildert werden.

Wenn das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in dem Verbrecher zur Zeit der begangenen That zwar nicht gänzlich aufgehoben, aber doch durch große Geistesbeschränkheit, durch Altersschwäche, durch Gemüthskrankheit, durch unverschuldete Trunkenheit oder durch eine andere derartige Verwirrung der Sinne oder des Verstandes in so hohem Grade gestört war, daß bei der Thatfrage die Zurechnungsfähigkeit als gemindert erklärt wird,

so sind die Gerichte nach Art. 3 des Gesetzes vom 29. August 1848 ermächtigt, auf eine geringere, als die gesetzliche Strafe zu erkennen. Dieselbe darf jedoch nicht unter das im Art. 99 bestimmte niedrigste Strafmaß herabgesetzt werden.

Für den Fall, was Rechtens sei, wenn bei einem zur Zeit der That noch nicht 16 Jahre alten Angeklagten nebstdem noch eine besondere Minderung der Zurechnungsfähigkeit z. B. wegen Gemüthskrankheit festgestellt ist, wenn also die beiden Strafmilderungsgründe zusammentreffen, — ermangelt es an einer speziellen gesetzlichen Vorschrift. Bei Abfassung des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 hat man an das Vorkommen einer solchen Häufung von Strafmilderungsgründen nicht gedacht. Indessen stellt sich die einfachste Lösung der Zweifelsfrage als die richtige dar. Wenn von zwei Strafmilderungsgründen jeder für sich nach Vorschrift des Gesetzes das Herabsetzen der Strafe auf eine niedrigere Abstufung nach sich zieht, so ist eben im Falle Zusammentreffens der beiden Strafmilderungsgründe, damit keine der Gesetzstellen ohne entsprechende Folge bleibe, die Operation des Herabsetzens zweimal vorzunehmen, und eine um zwei Abstufungen ermäßigte Strafe zu verhängen. Diese Lösung paßt auch ganz zu den Worten des Gesetzes von 1848. Wurde ein mit einer zeitlich bestimmten Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen von einem jungen Menschen unter 16 Jahren begangen, so ergibt sich nach Art. 99 Ziff. 3 Arbeitshaus als die gesetzliche Strafe; folglich ist, wenn noch abgesehen von der Jugend eine besondere Minderung der Zurechnungsfähigkeit festgestellt ist, im Hinblick auf Ziff. 4 des Art. 99 nach Art. 3 des Ges. von 1848 die Zuerkennung einer Gefängnißstrafe von 3 bis 12 Monaten gerechtfertigt. Der Ausdruck „gesetzliche Strafe" bezeichnet nach dem

Wortsinne diejenige, auf welche abgesehen von der im Sinne des Art. 3 stattfindenden Minderung der Zurechnungsfähigkeit nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu erkennen wäre. Zu den gesetzlichen Strafbestimmungen gehören auch die Bestimmungen des Art. 99 über den strafermäßigenden Einfluß der Jugend. Es läßt sich gewiß nicht beweisen, daß man bei Abfassung des Art. 3 beabsichtigt habe, die Tragweite des Ausdruckes „gesetzliche Strafe" auch für den Fall des Zusammentreffens beider gedachter Milderungsgründe auf die für das fragliche Verbrechen in abstracto bestimmte Strafe zu begränzen, und folgeweise überall, wo nach den sonstigen Umständen ohnehin auf das Minimum der wegen Jugend eintretenden niedrigeren Strafkategorie zu erkennen wäre, die Wirkung der besonders festgestellten geminderten Zurechnungsfähigkeit völlig zu nullifiziren. Führt eine Auslegung zu dem Ergebnisse, daß die ausgelegte Vorschrift in einem Theile der darunter gehörigen Fälle völlig bedeutungslos wäre, so hat man guten Grund, ihre Richtigkeit zu bezweifeln. Aber schon die Zweifelhaftigkeit genügt, um nach der Regel „in poenalibus causis benignius interpretandum est" den Ausschlag für unsere Ansicht zu geben [1]).

Zu demselben Resultate gelangt man, wenn die Strafermäßigungsoperation in umgekehrter Ordnung vor sich geht, wenn nämlich zuerst die sich durch Anwendung des Art. 3 ergebende Strafe ermittelt, und hierauf der Einfluß, welcher nach Art. 99 dem jugendlichen Alter des Schuldiggesprochenen zukommt, geltend gemacht wird. Der Inhalt des Art. 99 paßt eben so gut auf eine nach der

[1]) Vgl. oben S. 4. Das Gesetzeswort „ermächtigt" berührt nicht die hier vorliegende Frage: ist doppelte Herabsetzung zulässig?

allgemeinen Strafandrohung ermittelte, wie auf eine wegen besonderer Minderung der Zurechnungsfähigkeit bereits ermäßigte Strafe. Für diese wie für jene findet wegen jugendlichen Alters die im Art. 99 verordnete Herabsetzung statt. — Nichts steht im Wege, dieses umgekehrte Verfahren einzuschlagen, bei welchem der Ausdruck des Art. 3 „gesetzliche Strafe" lediglich auf die Strafandrohung in abstracto bezogen werden kann, ohne daß man darum zu einem anderen Endergebnisse gelangt.

Die in Art. 3 des Ges. von 1848 ausgesprochene Begränzung des richterlichen Ermessens in Fällen geminderter Zurechnungsfähigkeit war in den Berathungen der Gesetzgebungsausschüsse auf lebhaften Widerstand gestoßen; insbesondere machte man dagegen geltend, daß die frühere Praxis, auch des obersten Gerichtshofes, im Hinblick auf Art. 106 Th. I des StG. in Fällen dieser Kategorie das Strafermäßigungsrecht ohne solche Begränzung ausübte und weit geringere Strafen zuerkannte, als sich durch die Verweisung auf Art. 99 ergeben würden. Auch gegen das kundgemachte Gesetz wurden, wegen der wider die Natur der Sache verstoßenden und zu ungerecht harten Resultaten führenden Gränzbestimmung auf dem Gebiete der Doktrin Stimmen des Tadels laut [2]). Ulpian [3]) sagt von harten Gesetzesvorschriften: „Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est." Aber die Verwerfung doppelter Herabsetzung im Falle Zusammentreffens zweier gesetzlicher Strafmilderungsgründe ist kein Gebot der lex scripta, sondern gibt guten Grund zu sagen: „Quod perquam durum et injustum est."

---

[2]) Mittermaier im neuen Archiv des Kriminalrechts Jahrg. 1850 S. 344 f.; Köstlin System des deutschen Strafrechts I §. 142 S. 617, B).

[3]) Fr. 12 §. 1 qui et a quibus manumissi (40, 9.)

Einer anderen Ansicht folgte der oberste Gerichtshof in Beurtheilung der in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II S. 479 dargelegten Sache.

2) Civilrechtliche Verhältnisse als Thatbestandsmerkmale. Selbsthülfe. Aussetzung.

Wo sich're Grenzen nicht das Recht vom Unrecht trennen,
Da wär' es ungerecht, auf Strafe zu erkennen.

Bei einer Anzahl von Verbrechen und Vergehen gehört das Bestehen bzw. die Beschaffenheit eines gewissen civilrechtlichen Verhältnisses zu den Merkmalen des Thatbestandes; unter anderen bei der Unterschlagung, bei der Selbsthülfe, bei der Aussetzung. Unterschlagung ist rechtswidrige Zueignung von Sachen, welche man für einen Anderen im Besitz oder Gewahrsam hat [1]) Das Vergehen der Selbsthülfe wird ausgeschlossen durch eine solche Beschaffenheit des unter den Betheiligten obwaltenden civilrechtlichen Verhältnisses, welche die geübte Eigenmacht als befugt erscheinen läßt. Das Verbrechen (oder Vergehen) der Aussetzung wird von Personen begangen, welche zur Verpflegung des Ausgesetzten verbunden sind. Nun ist es aber nicht selten der Fall, daß über diejenigen Sätze des Civilrechts (oder Civilprozesses), auf deren Anwendung es bei den Thatbestandsmerkmalen dieser Kategorie ankommt, verschiedene Meinungen unter den Rechtsgelehrten bestehen, daß es darüber an einem deutlichen, alle Zweifel abschneidenden Gesetze fehlt, und auch eine mühevolle Prüfung und Untersuchung nicht auf fe-

---

[1]) Vgl. über den Einfluß civilrechtlicher Sätze auf die Anwendung der die Unterschlagung betreffenden Strafbestimmungen: Dollmann in den Bl. f. RA. Bd. X S. 113 f., S. 129 f., S. 193 f., S. 209 f.

sten Boden führt. Wie hat sich unter solchen Umständen der Strafrichter zu verhalten? — Wo nicht alle im Gesetze bestimmten Voraussetzungen eines Verbrechens oder Vergehens zweifellos gegeben sind, darf der Strafrichter dasselbe als begangen nicht annehmen und die dafür gedrohte Strafe nicht verhängen [2]). Aber auch in dem Falle, wenn die Ansicht, nach welcher die fragliche civilrechtliche Voraussetzung im gegebenen Falle vorhanden ist, dem Strafrichter als zweifellos richtig erscheint, hat derselbe noch zu prüfen, ob nicht wegen der bestehenden Kontroverse Unsicherheit in Betreff der rechtswidrigen Absicht (Bewußtsein der Rechtswidrigkeit) obwalte, welche das Gesetz bei seiner Strafandrohung voraussetzt.

Der Besitz von Grundstücken geht durch heimliche Occupation von Seite eines Anderen nicht verloren; vielmehr ist der bisherige Besitzer nach gesetzlicher Vorschrift befugt, alsbald nach erlangter Kunde von der Occupation mittelst Selbsthülfe den Occupanten wieder zu verdrängen, und sich dadurch im Besitze zu behaupten [3]). Wie verhält es sich aber mit der Behauptung des Quasibesitzes, wenn auf der dienenden Sache heimlich Vorrichtungen getroffen wurden, welche die fernere Ausübung z. B. des Ueberfahrrechtes auszuschließen eben so geeignet sind, wie dies bei der heimlichen Occupation eines Grundstückes in Bezug auf das Gewaltverhältniß des bisherigen Besitzers zur Sache der Fall ist? Allerdings scheint es nicht unbedenklich, dem Quasibesitzer zur Aufrechthaltung der bisherigen Servitutausübung gleiche Befugniß der

---

[2]) S. oben S. 4.

[3]) Vgl. Savigny Besitz ed VI S. 313 ff.; Vangerow Lehrbuch §. 207 Anm. 1; Puchta Vorles. zu §. 131 (Bd. I S. 259.).

Selbsthülfe wie dem Grundstücksbesitzer selbst einzuräumen. Es handelt sich hier von einem Akt der Selbsthülfe auf anerkannt fremdem Grund und Boden. Da aber die Gleichstellung der quasi possessio mit der possessio ausdrückliche Bestimmungen der Gesetze für sich hat [4]), und der Anwendung dieser Gleichstellung auf den Verlust der quasi possessio keine besondere Vorschrift im Wege steht, so hat man allerdings guten Grund, der unter S. 187 f. mitgetheilten Entscheidung beizupflichten, und die Uebung der Selbsthülfe, welche unter den bezeichneten Umständen zur Behauptung des Quasibesitzes geschieht, unter das Strafgesetz nicht zu stellen [5]).

Von der Verpflichtung zur Verpflegung, welche eine Voraussetzung des Verbrechens bzw. Vergehens der Aussetzung bildet, lehrt Puchta (Pandekt. §. 316), daß sie aus Vertrag, Vermächtniß, Delikt oder Verwandtschaft entspringe. Die Anmerkungen zum Strafgesetzbuch Bd II S. 47 gedenken noch eines weitern Falles, nämlich der Uebernahme der Verpflegungspflicht durch freiwillige Handlung, z. B. von Seite einer Person, welcher ein Kind gelegt wurde, und die nun freiwillig (mit Zustimmung der Obrigkeit) für dasselbe zu sorgen übernimmt.

Die Landkrämerin A. M. Sorg, von Regens-

---

[4]) Vgl. fr. 20 de servitutibus (8, 1); fr. 3 §. 2 de precario (43, 26): „qui possessionem corporis vel juris adeptus est."

[5]) Vgl. Puchta Vorles. zu §. 138 (S. 271): „Der Besitz von Realservituten, welche zu Handlungen berechtigen, wird fortgesetzt, nicht bloß durch Vornahme der Handlung für das herrsch. Grundstück von jedem, der sie für das Grundstück vornimmt, sondern auch ohne dies, bis die Handlung des Quasibesitzes unmöglich wird, z. B. durch Abhaltung oder eine hindernde Anstalt, sofern sich der Besitzer dabei beruhigt.

burg verreisend, übergab ihr eilf Wochen altes außereheliches Kind der ledigen Anna Paul daselbst, um dasselbe bis zu ihrer nach 3 Tagen erfolgenden Zurückkunft zu verpflegen. Als die Mutter nach 9 Tagen noch nicht zurückgekehrt war, wandte sich die Paul an den Armenpflegschaftsrath mit der Bitte, ihr das Kind abzunehmen, indem ihr die Mittel zur ferneren Ernährung desselben fehlten. Diese Bitte blieb bei dem ersten Vorbringen ohne Erfolg, und auf Wiederholung derselben erhielt sie den Bescheid, daß erst in der Sitzung darüber berathen werden müsse. Sie hatte bei dieser wiederholten Bittstellung das Kind auf das Bureau des Armenpflegschaftsrathes mitgebracht, und ließ nun dasselbe, in ein Kissen eingewickelt, auf einer neben der Thüre dieses Amtszimmers auf dem Gange angebrachten Sitzbank zurück, woselbst es auch von einem sich auf sein Geschäftszimmer begebenden Beamten nach 5–6 Minuten gefunden wurde.

Wegen Vergehens der Aussetzung zur Untersuchung gezogen wurde Anna Paul in beiden Instanzen freigesprochen, indem sie nach Ablauf der 3 Tage, für welche sie die Verpflegung des Kindes übernommen, keine Verbindlichkeit gehabt, dasselbe länger zu behalten, auch die Versetzung in eine hülflose Lage im Sinne des Gesetzes nicht stattgefunden habe. Von Seite der Staatsanwaltschaft wurde nun Nichtigkeitsbeschwerde bei dem obersten Gerichtshofe erhoben und ein kassirendes Urtheil erwirkt. Die Motive sagen [6]):

„Wer die Verpflegung eines eilf Wochen alten Kindes, dessen Fortkommen durch fremde Pflege bedingt, dessen Leben ohne fremde Hülfe augenblick-

---

[6]) Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II S. 289.

licher Gefahr ausgesetzt ist, sei es durch Vertrag gegen Entgelt, sei es durch freiwillige Handlung auf sich nimmt, übernimmt hiemit, auch wenn er sich der Pflege des Kindes nur auf bestimmte Zeit unterzieht, der Natur der Sache nach die Verpflichtung, für dasselbe so lange Sorge zu tragen, als er nicht die übernommene Obsorge für das Kind auf eine andere Person überzutragen in der Lage ist, und wenn selbst der Depositar, welcher sich der Verwahrung einer Sache nur auf bestimmte Zeit unterzogen hat, nach Ablauf dieser Zeit in Abwesenheit des Hinterlegers die anvertraute Sache nicht sofort zu derelinquiren berechtiget ist, so kann eine solche Berechtigung um so minder demjenigen zustehen, welcher die Pflege eines hülfsbedürftigen menschlichen Wesens auf sich genommen hat."

Gegen diese Argumentation erheben sich folgende Bedenken. Es ist bekannten Rechtens, daß Verbindlichkeiten, welche nur auf bestimmte Zeit übernommen wurden, durch Eintritt des Endtermins erlöschen. Hatte die Anna Paul die Verpflegung des Kindes nur auf 3 Tage übernommen, so war sie nach Ablauf dieser Zeit von dieser Verbindlichkeit frei geworden, sie war zur Verpflegung des Kindes nicht mehr verbunden, daher nicht mehr in der das Vergehen der Aussetzung bedingenden Lage. Die Natur der Sache brachte in Folge Nichtzurückkommens der Mutter keineswegs eine Fortdauer der Verbindlichkeit zur Verpflegung mit sich, sondern nur so viel, daß nach Ablauf der Verpflichtungszeit die Befugniß, sich des Kindes zu entledigen, nicht auf eine dessen Leben oder Gesundheit gefährdende Weise ausgeübt werde. Daß aber eine solche Gefährdung im gegebenen Falle stattgefunden, wurde auch vom obersten Gerichtshofe nicht angenommen. Die Natur

der Sache spricht vielmehr entschieden dagegen, einer Person, welche aus Gutmüthigkeit die Verpflegung eines fremden Kindes auf bestimmte kurze Zeit übernommen hatte, diese Verbindlichkeit zu dieser Verpflegung auch nach Ablauf der verabredeten Frist auf unbestimmte Zeit aufzubürden, zumal wenn dieselbe zur Klasse der Dürftigen gehört, und durch solche Bürde in der Thätigkeit für Gewinnung ihres Lebensunterhaltes verkürzt wird. Angenommen, es stehe fest, der Depositar dürfe nach Ablauf der verabredeten Zeit die verwahrte, vom Deponenten nicht zurückgenommene Sache nicht sofort derelinquiren, so ist doch augenfällig zwischen der Verwahrung einer Sache und dem Aufwand von Kosten, Zeit, Mühe bei Tag und Nacht, wie sie die Verpflegung eines kleinen Kindes erfordert, ein so wesentlicher Unterschied, daß die analoge Anwendung schon deßwegen nicht für statthaft erachtet werden könnte [7]). Dazu kommt noch, daß es sich hier davon handelt, mittelst analoger Anwendung das Strafrechtsgebiet zu erweitern, nämlich die Subsumtion eines Falles unter das Strafgesetz zu motiviren, von welchem sich durchaus nicht annehmen läßt, daß er dem Gesetzgeber vorgeschwebt habe; indem die Annahme der Fortdauer der Verpflegungspflicht unter den obenbezeichneten Umständen weder in einer gesetzlichen Vorschrift noch in Lehrsätzen der Schriftsteller einen Haltpunkt findet. So wie aber Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zulassen, so kann auch die Analogie nicht zur Vermehrung der Straffälle füh-

---

[7]) In dem unentschiedenen Falle dürfen keine Besonderheiten liegen, welche der Anwendbarkeit des Grundes, der die vorhandene Entscheidung motivirte, äußerlich entgegenstehen. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 18.

ren [8]). Die Strafbarkeit einer Handlung in solcher Weise, wie es in den oberstrichterlichen Motiven geschehen, aus vermeinter Natur der Sache abzuleiten, scheint jedenfalls eine höchst bedenkliche Sache.

Ceterum censeo, in poenalibus causis benignius interpretandum esse.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ein Fall erlaubter Selbsthülfe.

Unter den Fällen erlaubter Selbsthülfe wird Vertheidigung des Besitzes gegen versuchte Störungen angeführt [1]).

Moritz G. in O. besitzt ein in der Flur letztern Orts gelegenes Holz- und Wiesengrundstück, über welches den Gutsbesitzern K. und St. daselbst, um auf ihre Grundstücke zu gelangen, laut der in G.'s Händen befindlichen Kaufsurkunde über die ihm gehörige Liegenschaft, unbestrittenermassen die servitus viae zusteht, welche von den Berechtigten von jeher auf einem hiezu besonders angewiesenen befahrenen Wege ausgeübt worden ist.

Als K. und St. am 11. Mai 1853 diesen Weg mit Wirthschaftsfuhren passiren wollten, fanden sie denselben nicht nur mit Pflaumenbäumen bepflanzt, sondern quer vor demselben auch einen Fichtenzaun gezogen, so daß es ihnen unmöglich war, diesen Weg zu passiren und auf diesem Wege mit ihren Fuhren nach ihren Grundstücken zu gelangen. Sie hoben deßhalb die ihnen im Wege stehenden und in den Weg gesetzten Bäume

---

[8]) Vgl. oben S. 13—14 Note 8.

[1]) Komment. ü. d. GO. Bd. I Aufl. II S. 48.

(im Ganzen 5 Stück) aus, legten den Fichtenzaun nieder, bedeckten die Wurzeln der ersteren mit Rasen, und setzten dann den Weg mit ihren Fuhren nach ihren Grundstücken fort, erhoben aber am 14. Mai, „um sich vor ferneren Eigenmächtigkeiten zu schützen", vor dem zuständigen Justizamt (Gera) Klage wider G.

Auf der anderen Seite trat G. wider K. und St. mit einer Denunziation wegen unerlaubter Selbsthülfe auf. Resultat der Untersuchung war die Freisprechung der Angeschuldigten. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Nach der Ansicht des Denunzianten hätten die Inculpaten, nachdem er sie in Ausübung des ihnen unzweifelhaft zustehenden Rechtes gehindert, um wieder in den faktischen Besitz desselben zu kommen, richterliche Hülfe in Anspruch nehmen, und sich nicht selbst helfen sollen; derselbe hat aber jedenfalls übersehen, daß dieses Uebergehen der richterlichen Hülfe zur strafbaren Selbsthülfe nur dann werden kann, wenn nach gesetzlicher Vorschrift richterliche Hülfe hätte angesprochen werden sollen. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Denn die Inculpaten haben durchaus nichts weiter gethan, als sich des ihnen unzweifelhaft zuständigen, allseitig anerkannten Rechtes bedient und die dabei ihnen widerrechtlich in den Weg gelegten Hindernisse weggeräumt. Wer aber jure suo utitur, nemini facit injuriam. Verschieden davon ist der Fall des Gläubigers, der seinem anerkannten aber nicht zahlenden Schuldner wider dessen Willen eine Sache wegnimmt, um sich mit derselben für seine Forderung zu decken; dieser bedient sich dabei nicht seines Rechtes (denn ein solches steht ihm ja an der weggenommenen Sache noch gar nicht zu) selbst, sondern einer widerrechtlichen Handlung, um sich ersteres zu sichern.

Um ein wirkliches oder vermeintliches Recht zu verfolgen, und um die aus demselben fließenden Konsequenzen für sich geltend zu machen, dazu bedarf es natürlicherweise der richterlichen Hülfe; um sich aber eines unzweifelhaft zustehenden Rechtes zu bedienen, dazu bedarf es der richterlichen Hülfe nicht, es ist auch der Berechtigte wohl befugt, die ihm widerrechtlich in den Weg gelegten Hindernisse selbst zu entfernen und wegzuräumen. Der letztere Fall ist der vorliegende.

Ob die Inculpaten diese ihnen widerrechtlich in den Weg gelegten Hindernisse bei und während der Ausübung ihres Rechtes entfernt haben, oder ob sie diese Hindernisse vorher oder ganz unabhängig von der Ausübung ihres Rechtes entfernt haben, darauf kann in der Sache etwas nicht ankommen. Denn im ersteren Falle haben sie sich eben nur ihres Rechtes bedient und können für die daraus hervorgegangenen, für einen Dritten lästigen oder selbst nachtheiligen Folgen in keinem Falle verantwortlich sein, und es wäre die absurdeste Ausgeburt der Juristerei, behaupten zu wollen, daß die Inculpaten in vorliegendem Falle richterliche Hülfe hätten in Anspruch nehmen müssen, daß sie also mit ihren beladenen Wagen vor dem Verhau des Denunzianten angekommen, ganz ruhig hätten umkehren und mittelst rechtlicher Klage, im Prozeßwege, durch zwei oder drei Instanzen ihre Wagen endlich über den in Rede stehenden Weg auf ihre Grundstücke bugsiren sollen, um vielleicht des Nächsten abermals das Vergnügen eines solchen Prozesses zu haben. — Aber auch im zweiten Falle, also wenn sie die Hindernisse, ohne richterliche Hülfe in Anspruch zu nehmen, expreß und nicht bei Ausübung ihrer Gerechtsame entfernt hätten, würden sie sich eine in das Gebiet des Strafrechtes fallende Selbsthülfe nicht zu Schulden gebracht haben, da sie wohl befugt waren, sich auch in ihrem

Besitzstande selbst zu schützen; denn geht das Besitzrecht verloren durch die einfache Thatsache, daß ein Anderer, wenn auch ganz unrechtlich, sich einer Sache bemächtigt, wenn nicht der aus dem Besitz verdrängte Eigenthümer sich des Besitzes sofort wieder bemächtiget, so kann gegen einen solchen Verlust richterliche Hülfe gar nicht schützen, und es erlaubt das römische, kanonische und deutsche Recht dem Besitzer unbeschränkt auch die nothwendige Gewalt der Nothwehr, bezüglich Selbsthülfe zur Behauptung des Besitzstandes.....

Dafür spricht auch, abgesehen vom positiven Rechte, die gesunde Vernunft und das Rechtsgefühl. Denn sonst würde man ja den bekannten Dieb ruhig mit dem gestohlenen Gute laufen lassen müssen, weil man denselben gerichtlich belangen kann; dann müßte man sich auch das Vermauern seiner Hausthüre von irgend Einem, dem die Sache gerade Spaß macht, ruhig gefallen lassen, weil man ja noch durch das Fenster auf die Straße gelangen kann, um richterliche Hülfe zu suchen; dann wäre aber auch der Chicane und der Turbation des böswilligen Feindes, der einen Kostenaufwand seinerseits nicht scheuend, täglich und stündlich sein Opfer in weitläufige mit Verdruß und Schaden verbundene Prozesse verwickeln kann, Thür und Thor geöffnet . . . . .

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 3 S. 14 f.

2.

Prüfung der Berufungs- (Revisions-) Zulässigkeit vor Eingehung auf die Frage, ob eine Justizsache vorliege?

Vgl. oben S. 17 f. [1])

In einer zum obersten Gerichtshofe gebrachten

---

[1]) Im Falle der in Nr. 2 a. a. O. mitgetheilten Entscheidung war eine Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof gebracht; was in der Rechts-

Sache kam bei der amtlichen Würdigung der s. g. Formalien in Frage, ob eine Justizsache gegeben sei. Aber ohne Eingehen in diese Frage wurde das Rechtsmittel wegen Mangels der Revisionssumme zurückgewiesen. In dieser Beziehung wurde bemerkt:

Der Mangel der Jurisdiktion kann und muß zwar, als eine unheilbare Nullität begründend, von dem Oberrichter von Amtswegen berücksichtigt werden, auch wenn derselbe im Beschwerdewege von den Parteien nicht geltend gemacht, und lediglich Berufungs- oder Revisionsbeschwerde erhoben worden ist. Allein immerhin wird hiebei vorausgesetzt, daß der Oberrichter mit einer Würdigung des Grundes der Sache überhaupt befaßt sei, da nur eine Würdigung des Grundes der Sache zu dem Ergebnisse führen kann, daß eine Justizsache nicht vorliege. Ist aber die Berufung oder Revision gegen einen Zwischenbescheid, gegen welchen selbstständige Berufung nicht stattfindet, oder nicht innerhalb der gesetzlichen Nothfrist eingereicht worden, oder ist die gesetzliche Berufungssumme nicht vorhanden, so ist der Oberrichter mit einer materiellen Würdigung der Sache überhaupt nicht befaßt, und daher auch nicht in der Lage, sich über die Unzuständigkeit der Vorinstanz zur Erlassung des angefochtenen Urtheiles aussprechen zu können, sondern hat sich auf die Abweisung der Berufung oder Revision zu beschränken.

OAGAkten Nr. $899^{52}/_{53}$.

3.

Bescheid über Art der Beeidigung eines jüdischen Zeugen. Berufungsunzulässigkeit. Extrajudizialbeschwerde.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

---

sache, von welcher es sich hier handelt, nicht der Fall war.

Das erstrichterliche in II. Instanz bestätigte Dekret vom 8. Mai 1852, gegen welches die erhobene Revisionsbeschwerde gerichtet ist, war ein Zwischenbescheid, welcher über einen zwischen den Parteien streitig gewordenen Punkt des Prozeßverfahrens, nämlich darüber erlassen worden ist, in welcher Art ein von einer Partei vorgeschlagener Zeuge zu beeidigen sei.

Gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide findet nach §. 51 des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 eine gesonderte Berufung (zur II. und III. Instanz) nicht statt, sondern es ist die — rechtzeitig zu wahrende — Beschwerde hierüber mit der Appellation gegen das End- oder Beweis-auflegende Urtheil zu verbinden. Unter diese Bestimmung fällt auch das Dekret v. 8. Mai 1852, da keine der Ausnahmen des §. 52 auf dasselbe Anwendung findet, namentlich die von dem Appellanten in Bezug genommene Ziffer 6 dieses §en sich auf einen Parteieneid, den Haupteid bezieht.

Die Ansicht des Gerichts II. Instanz, daß die gegen das Dekret v. 8. Mai 1852 erhobene Beschwerde als Extrajudizialbeschwerde zu betrachten sei, ist ungegründet, da eine in einer streitigen Rechtssache vom Gerichte erlassene prozeßleitende Verfügung, wie das mehrgedachte Dekret ist, nicht als eine extra viam et ordinem processus ergangene richterliche Verfügung

GO. Kap. XV §. 5 Ziff. 7

angesehen werden kann. Es hätte daher schon die Berufung des Klägers als unzulässig zurückgewiesen werden sollen . . . . . .

OAGE. v. 27. März 1855. Nr. $407^{54}/_{55}$.

Berichtigungen. In Bd. XIX Erg. Bl. Nr. 8 S. 113 Z. 4 statt „§. 40" lies „§. 42;" S. 118 Note 13 Z. 2 st. „338" l. „388;" S. 119 Note 16 lies „oberrichterliches."

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 21. Juni 1856. 21. Jahrgang. № 13.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des Gesetzes v. 10. Nov. 1848. —

Die Nichtigkeitsbeschwerde im Falle eines Verstoßes gegen Art. 196 des Gesetzes v. 10. Nov. 1848.

Es wurde an die Geschwornen die Frage gestellt, „ob die H. schuldig sei, das Verbrechen des Kindsmordes dadurch begangen zu haben, daß sie ihr Kind in der Absicht, dasselbe zu tödten, unmittelbar nach der Geburt 1 Stunde lang unter dem Oberbette hilflos liegen gelassen und dadurch den Tod desselben herbeigeführt habe.“ . . . . Die Antwort der Geschwornen lautete: „Ja, aber ohne Absicht.“ Nachdem dieser Wahrspruch durch den Obmann der Geschwornen verkündet war, glaubte der Schwurgerichtshof die Bestimmung des Art. 196 des Ges. v. 10. Nov. 1848 in Anwendung bringen zu müssen, indem er den Wahrspruch für „in sich selbst widersprechend“ hielt. Der „verbesserte“ Wahrspruch lautete einfach und unbedingt bejahend, das hierauf erfolgte Urtheil des Gerichtshofes nach Art. 157 Thl. I des StGB. auf Zuchthaus auf unbestimmte Zeit.

Dieser Fall gibt zu folgenden Fragen Anlaß:
1) Ist dies Erkenntniß mit der Nichtigkeitsbeschwerde

anfechtbar, und wie iſt dieſe Beſchwerde genauer zu charakteriſiren und zu motiviren? 2) Was hat der Kaſſationshof zu thun, wenn die Beſchwerde geſetzlich zuläſſig und begründet iſt?

Zu 1) Das Geſ. v. 10. Nov. 1848 gibt in Art. 230 dem zu einer Strafe Verurtheilten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde bekanntlich in 3 Fällen:

a) wenn bei der Schöpfung des Wahrſpruches oder bei der dieſem vorausgegangenen Verhandlung eine weſentliche prozeſſualiſche Vorſchrift verletzt worden iſt;

b) wenn eine ſolche Verletzung bei der Urtheilsfällung ſtattgefunden hat;

c) wenn der Schwurgerichtshof das Geſetz unrichtig auf den Wahrſpruch angewendet hat.

Aus den Art. 232 und 249, ſowie namentlich aus den Motiven zu letzterem ergibt ſich unzweifelhaft, daß der Geſetzgeber bei dem dritten Falle lediglich fehlerhafte Anwendungen des ſog. materiellen Strafrechtes (errores in judicando im Gegenſatze zu errores in procedendo) im Sinne hatte. Denn wenn auch Art. 232, wie ſchon das Wort „namentlich" andeutet, nur Beiſpiele aufſtellen wollte, ſo dürfte doch der Art. 249 ſowohl der Natur der Sache als ſeiner Faſſung nach für eine erſchöpfende Aufzählung der hierher gehörigen Fälle zu halten ſein. Aus den Motiven ergibt ſich hiefür die vollkommenſte Beſtätigung. Denn es heißt daſelbſt: „1) die unrichtige Anwendung des Strafgeſetzes beſteht entweder darin, daß der Aſſiſenhof wegen einer That eine Strafe ausgeſprochen hat, die durch kein Geſetz verboten iſt . . . . .

2) Oder es iſt eine ſtrafbare That vom Aſſiſenhofe als ſtraflos erklärt oder auf die That ein unrichtiges Strafgeſetz angewendet worden, z. B. auf einen Raub die Strafbeſtimmung über bewaffneten Diebſtahl."

Wenn nun ebenſo unbeſtreitbar iſt, daß die Beſtimmung des Art. 196 cit. (das ſog. Berichtigungsverfahren) zu den rein prozeßrechtlichen Vorſchriften zähle, ſo kann offenbar ein Verſtoß gegen dieſe Beſtimmung nicht unter den lit. c. aufgeſtellten Nichtigkeitsgrund ſubſumirt werden, ſondern nur entweder unter den Fall lit. a. oder den Fall lit. b. gehören. Daß er unter einen dieſer beiden Fälle gehören müſſe, d. h. daß wegen Verletzung des Art. 196 eine Nichtigkeitsbeſchwerde gegeben ſein müſſe, kann wohl nicht beſtritten werden. Die fragliche Verletzung iſt zwar weder im Geſetze ſelbſt, noch in den dazu gehörigen Motiven ausdrücklich erwähnt, allein ohne dem Geſetzgeber ein ſehr bedeutendes Ueberſehen zu imputiren, läßt ſich hier keine Lücke annehmen. Jedenfalls läge in der Wichtigkeit der fraglichen Beſtimmung für die Praxis ein unabweisbarer Zwang, die Lücke auszufüllen d. h. die Nichtigkeitsbeſchwerde für den fraglichen Fall zu gewähren. Wir glauben aber mit Hilfe der Motive die geſetzlichen Vorſchriften, ohne denſelben ſonderlichen Zwang anzuthun, ſo interpretiren zu können, daß dem fraglichen Bedürfniſſe abgeholfen iſt.

Der Geſetzgeber hätte freilich allen Zweifel von vorneherein dadurch abſchneiden können, wenn er in Art. 230 ganz einfach verordnet hätte, daß die N. B. ebenſo wegen aller Verſtöße gegen (weſentliche) prozeßrechtliche, wie gegen materiell kriminalrechtliche Beſtimmungen (errores in procedendo und in judicando), oder — noch kürzer — wegen aller (weſentlichen) juriſtiſchen Irrthümer (ſeitens des Gerichts) erhoben werden könne.

Allein der Geſetzgeber wollte, wie die Motive bemerken, den Verurtheilten, welcher ſich dem Wahrſpruche der Jury ruhig (ohne Beſchwerde) unterwerfen will, nicht zweimal der Gefahr eines Kriminalprozeſſes und dem möglichen Nachtheil eines in

Folge eines neuen Verfahrens härteren Strafurtheiles ausſetzen, und verſagte deßhalb der Staatsbehörde die N. B. wegen eines in dem Verfahren vor dem Aſſiſenhofe oder bei der Schöpfung des Wahrſpruches vorgekommenen prozeſſualiſchen Fehlers.

Aus dieſem Grunde und weil nach Verſchiedenheit des Prozeßſtadiums, dem die verletzte Prozeßvorſchrift angehört, auch die Folgen der Kaſſation verſchieden ſein müſſen, ſah ſich der Geſetzgeber genöthiget, die angeführte Unterſcheidung zwiſchen den Fällen a und b zu machen. Im erſten Falle muß nicht nur das Endurtheil (Strafurtheil) des Schwurgerichtshofes, ſondern auch der Wahrſpruch ſammt dem dieſem vorausgegangenen Verfahren (Hauptverhandlung) kaſſirt, und die Sache zur wiederholten Verhandlung und Aburtheilung verwieſen werden; im zweiten Falle dagegen wird lediglich, wie im Falle eines error in judicando, das Strafurtheil des Schwurgerichtshofes kaſſirt, und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung auf Grund des Wahrſpruches verwieſen.

Endlich ſind die beiden Fälle auch noch dadurch von einander unterſchieden, daß nach Art. 245 der Kaſſationshof, wenn der Verurtheilte die N. B. wegen eines Fehlers der erſten Art erhoben hat, prüfen muß, ob nicht bei dem Verfahren oder bei der Urtheilsfällung irgend ein Fehler (in judicando oder in procedendo) vorgekommen ſei, während der Gerichtshof bei einer N. B. (des Verurtheilten) wegen eines Fehlers der zweiten Art lediglich dieſen Punkt ſeiner Würdigung zu unterſtellen hat, ohne in eine Prüfung des vorhergegangenen Verfahrens einzugehen.

Unter welchen der beiden Fälle iſt nun der Verſtoß gegen den Art. 196 zu ſubſumiren? Zu welchem Prozeßſtadium gehört das ſog. Berichtigungsverfahren (oder, wie es die Franzoſen

nennen, die vérification de la régularité de la déclaration du jury)? Gehört es zur „Schöpfung des Wahrſpruches" (Art. 230 lit. a.) oder zur „Urtheilsfällung" (Art. 230 lit. b.)?

Um die Auslegung dieſer beiden termini handelt es ſich. Was gehört zur „Schöpfung des Wahrſpruches"? Gehört dazu bloß die Abſtimmung ſämmtlicher Geſchwornen im Berathungszimmer über die an ſie geſtellten Fragen oder auch die Bekanntmachung des Wahrſpruches? Gehört dazu bloß die Verkündung durch den Obmann an den Gerichtshof, oder auch die Verkündung durch den Protokollführer an den Angeklagten?

Daß die bloße Abſtimmung im Berathungszimmer noch nicht den Wahrſpruch vollende, dürfte wohl leicht einzuſehen ſein. Der Wahrſpruch iſt nämlich nichts Anderes, als eine Antwort auf eine oder mehrere Fragen und als ſolche kann er offenbar erſt dann für vollendet betrachtet werden, wenn er dem Frageſteller d. i. dem Gerichtshofe (oder Vorſitzenden) eröffnet worden iſt. Es liegt dies im Begriffe der Antwort.

Dieſer Anſicht ſcheint zwar Art. 194 entgegenzuſtehen, indem es daſelbſt heißt: „Nach Schöpfung des Wahrſpruches kehren die Geſchwornen in den Sitzungsſaal zurück". Allein der Geſetzgeber konnte an dieſer Stelle nicht angeben wollen, wie die in dem Art. 230 (I. u. II.) enthaltene Unterſcheidung zu verſtehen ſei. Hierüber erklären ſich vielmehr die Motive zu dem für die vorliegende Frage ſpeziell maaßgebenden Art. 245 auf eine mit unſerer Theorie übereinſtimmende Art, indem hier der Geſetzesausdruck „bei der Urtheilsfällung" dahin erläutert und umſchrieben wird: „nachdem die Geſchwornen ihr Verdikt in der vorgeſchriebenen Form abgegeben haben, bei der weiteren Prozedur."

Mit dieſer Eröffnung ſcheint uns aber das

Prozeßſtadium der Schöpfung des Wahrſpruches beendiget zu ſein. Die Verkündung an den Angeklagten kann nicht mehr als dazu gehörig betrachtet werden. Sie gehört vielmehr ſchon zum Stadium der „Urtheilsfällung". (Das Wort Urtheil hier im engeren Sinne genommen als Gegenſatz zum Wahrſpruch, wie die franzöſiſche Jurisprudenz auch das jugement der déclaration du jury und die engliſche das judgement dem verdict gegenüberſtellt.) Dieſe Zugehörigkeit iſt auch äußerlich dadurch ausgeprägt, daß die Verkündung des W. an den Angeklagten nicht mehr, wie dies nach der anderen Auffaſſung geſchehen müßte, durch den Obmann der Geſchwornen, ſondern durch den dem Gerichtshofe attachirten Protokollführer (Sekretär) geſchieht, und daß der W. ſofort nach deſſen Ueberreichung durch den Obmann an den Präſidenten von dieſem und dem Protokollführer unterzeichnet wird (Art. 195).

Indeſſen ſetzt der fragliche Beginn des Stadiums der „Urtheilsfällung" voraus, daß der Wahrſpruch entweder wirklich fehlerfrei abgegeben oder doch vom Gerichtshofe als fehlerfrei hingenommen und zur Grundlage des Urtheiles gemacht worden iſt. Iſt dagegen der Wahrſpruch fehlerhaft und wendet der Gerichtshof wirklich das Berichtigungsverfahren an, ſo iſt natürlich das Stadium der Schöpfung des Wahrſpruches noch nicht vorüber. Es liegt dann eine nicht befriedigende und nicht akzeptirte Antwort d. i. ſo viel als gar keine Antwort vor; die Antwort muß erſt gefunden werden. Andererſeits aber iſt dieſes Stadium nach Verkündung des Wahrſpruches durch den Obmann ebenſo dann vorüber, wenn der fehlerhafte Wahrſpruch vom Gerichtshofe unbeanſtandet hingenommen wurde, wie dann, wenn er wirklich fehlerfrei war, und zwar letzteren Falles ohne Unterſchied, es mag

nun der fehlerfreie Wahrſpruch vom Gerichtshofe beanſtandet worden ſein oder nicht. Wenn auch de facto im Falle der Beanſtandung eines fehlerfreien Wahrſpruches das Wahrſpruchſchöpfen noch fortdauert reſp. erſt von Neuem beginnt, ſo iſt dies doch juriſtiſch (de jure) nicht der Fall; denn durch die irrthümliche Anwendung des Berichtigungsverfahrens auf einen fehlerfreien Wahrſpruch kann dieſer letztere doch offenbar nicht ſeine rechtliche Wirkſamkeit verlieren. Der abgegebene fehlerfreie Wahrſpruch iſt und bleibt ſowohl dem Angeklagten als dem Vertreter des Staates erworben.

Demnach gehört alſo die unrichtige Anwendung des Art. 196 auf einen fehlerfreien Wahrſpruch zu den prozeſſualiſchen Fehlern „bei der Urtheilsfällung" (Art. 230 Nr. II), und es kann daher auch der Staatsanwalt wegen eines ſolchen Fehlers die N. B. erheben [1]). Der entgegengeſetzte Fehler aber d. h. die Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrſpruch gehört zu den Formverletzungen vor der Urtheilsfällung oder bei der Schöpfung des Wahrſpruches, — daher auch in dieſem Falle dem Staatsanwalte die N. B. nicht zuſteht. (Art. 230 Abſ. 2.)

Es mag vielleicht auffallend erſcheinen, daß zwei Verſtöße gegen eine und dieſelbe Beſtimmung (Art. 196) zwei verſchiedenen Kategorien von Nullitäten angehören, — daß die Eine zu den Formverletzungen bei der Urtheilsfällung (Art. 230 Nr. II), die Andere zu denen bei der Schöpfung des Wahrſpruches (Art. 230 Nr. I) gehören ſoll. Gleichwohl ſtellt ſich dies bei genauerer Betrachtung als ganz natürlich und nothwendig dar. Denn der

---

[1]) Die entgegengeſetzte Anſicht iſt ausgeſprochen im oberſtrichterl. Erk. v. 1. Mai 1852. S. Sitzungsber. Bd. IV S. 145 ff.

erſtgedachte Fehler ſetzt einen ganz fehlerfreien Wahrſpruch voraus, ſo daß hier offenbar nicht mehr von einem Fehler „bei der Schöpfung des Wahrſpruches" die Rede ſein kann. Der andere Fehler dagegen ſetzt einen nicht korrekten Wahrſpruch voraus; zu der Zeit, wo der Fehler (die Nichtanwendung des Art. 196) vorgekommen, war der Wahrſpruch d. h. ein korrekter Wahrſpruch noch nicht geſchöpft; der Fehler muß daher als ein bei der Schöpfung des Wahrſpruches vorgekommener bezeichnet werden.

Hieraus ergibt ſich aber auch, daß die Unterlaſſung der Verkündigung des fehlerfreien Wahrſpruches an den Angeklagten durch den Protokollführer nach Art. 197, welche Unterlaſſung im Falle der Anwendung des Art. 196 jedesmal ſtattfindet, ebenfalls zu den Fehlern bei der Urtheilsfällung zu rechnen ſei.

Eine andere Frage iſt es aber, ob dieſe Unterlaſſung unbedingt und in allen Fällen als eine weſentliche Formverletzung betrachtet werden könne. Von praktiſcher Wichtigkeit iſt dieſe Frage überhaupt nur in den Fällen, wo der Art. 196 auf einen fehlerfreien Wahrſpruch angewandt worden iſt; in anderen Fällen wird die fragliche Unterlaſſung nicht wohl vorkommen. In den bezeichneten Fällen iſt nun aber zweierlei möglich: entweder war der fehlerfreie Wahrſpruch dem Verurtheilten günſtiger, als der „verbeſſerte" oder umgekehrt. Erſteren Falles wird wohl nicht der Staatsanwalt, ſondern der Verurtheilte die Nichtigkeitsbeſchwerde erheben und zwar in der Weiſe, daß er ſich für die Giltigkeit des erſten Wahrſpruches erklärt. In einer ſolchen Erklärung liegt aber offenbar die Anerkennung dieſes Wahrſpruches, und es iſt in der That kein Grund vorhanden, warum man den vom Angeklagten anerkannten und als verkündet akzeptirten fehlerfreien Wahrſpruch nicht gelten laſſen ſollte. Die

Beſtimmungen der Art. 196 und 197 können unmöglich ſo ausgelegt werden, daß ſie dem Angeklagten zum Nachtheile gereichen, und es wäre eine große Unbilligkeit, den Angeklagten die nachtheiligen Folgen des Irrthumes des Gerichtshofes in der Anwendung des Art. 196 erdulden zu laſſen.

Was ſodann die Frage betrifft, ob der erſte (fehlerfreie) Wahrſpruch bei der wiederholten Urtheilsfällung dem Angeklagten nachträglich verkündet werden müſſe, um der Vorſchrift des Art. 197 zu genügen, ſo ſcheint uns dies im Hinblicke auf die in Rede ſtehende Nichtigkeitsbeſchwerde des Angeklagten überflüſſig zu ſein. An der Zuläſſigkeit einer ſolchen nachträglichen Verkündung hegen wir aber keinen Zweifel, obwohl in dem angeführten oberſtrichterl. Erkenntniß v. 1. Mai 1852 das Gegentheil behauptet iſt. Denn für's Erſte iſt es nicht richtig, daß Art. 197 ſelbſt die Gegenwart der Geſchwornen bei Strafe der Nichtigkeit verlange; und was ſodann den Art. 231 Ziffer 7 betrifft, ſo ſpricht derſelbe nur von der Anweſenheit während der Verhandlung, welche bekanntlich (Art. 170) mit dem Plädoyer geſchloſſen iſt. Die Geſchwornen ſind allerdings bei der Verkündung ihres Wahrſpruches durch den Protokollführer an den Angeklagten gewöhnlich zugegen; aber warum ihre Gegenwart in dieſem Prozeßſtadium abſolut nothwendig ſein ſolle, iſt in der That nicht einzuſehen, am Wenigſten in den Fällen, wo die Korrektheit des W. bereits feſtſteht, die Geſchwornen mithin nur mehr müßige Zuſchauer wären. Der nachträglichen Verkündung ſteht alſo weder der Wortlaut des Geſetzes, noch die Natur der Sache entgegen.

War dagegen der erſte (fehlerfreie) Wahrſpruch dem Angeklagten ungünſtiger als der zweite, ſo wird dieſer gewiß die N. B. nicht erheben,

und es kann ſich nur darum handeln, welche Folgen die in dieſem Falle erhobene N. B. des Staatsanwaltes (wegen unrichtiger Anwendung des Art. 196) habe. Wir glauben, ganz einfach die Folge, daß der Kaſſationshof die Verkündung des Wahrſpruches an den Angeklagten nach Art. 197 ausdrücklich anordnet, — was gar keinem Anſtande unterliegt, weil, wie wir geſehen haben, bei dieſer Verkündung die Anweſenheit der Geſchwornen keineswegs abſolut nothwendig iſt.

Mit unſerer Anſicht, daß der fehlerfreie Wahrſpruch vom Kaſſationshofe aufrecht erhalten werden muß, ſtimmt auch das franzöſiſche Recht vollkommen überein. „Mais la déclaration — ſo heißt es bei Morin Dict. du droit crim. pag. 480 — ne saurait prévaloir contre la première, si le renvoi dans la chambre des déliberations avait été ordonné sans nécessité absolue. Cass. 15. fév. 1834.

Die Frage, ob in dem Eingangs erwähnten Falle der erſte Wahrſpruch wirklich fehlerfrei war oder nicht, ſetzen wir hier, ohne uns in eine weitere Erörterung einzulaſſen, als bejaht voraus. Nach Lage der Sache war es unzweifelhaft, daß die Geſchwornen fahrläßige Tödtung angenommen.

Zu 2) Was der Kaſſationshof in den fraglichen Fällen zu thun habe, iſt hiernach leicht zu beantworten.

a) Wenn der Art 196 irrthümlich auf einen fehlerfreien Wahrſpruch angewendet wurde, welcher dem Angeklagten günſtiger war, als der zweite Wahrſpruch, ſo hat der Kaſſationshof auf die deßhalb erhobene Nichtigkeitsbeſchwerde des Angeklagten (wegen Formverletzung bei der Urtheilsfällung) lediglich das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu vernichten und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung (durch den Aſſiſenhof) auf

Grund des erſten fehlerfreien Wahrſpruchs zu verweiſen, ohne daß die Anordnung einer nachträglichen Verkündung dieſes Wahrſpruches (durch den Protokollführer) an den Angeklagten nothwendig wäre. Geſ. v. 10. Nov. 1848 Art. 245, II; 248, II.

War dagegen in dieſem Falle der erſte Wahrſpruch dem Angeklagten ungünſtiger, als der zweite, und war die Nichtigkeitsbeſchwerde vom Staatsanwalte erhoben worden, — ſo kommt zu der bezeichneten Kaſſation noch die Anordnung der nachträglichen Verkündung des erſten Wahrſpruches an den Angeklagten durch den Protokollführer.

b) Wenn aber umgekehrt der Art. 196 irrthümlich auf einen fehlerhaften Wahrſpruch vom Schwurgerichtshofe nicht angewendet worden war, ſo kommt es darauf an, ob der Angeklagte die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen des bei der Schöpfung des Wahrſpruches vorgekommenen Fehlers oder wegen unrichtiger Anwendung des Geſetzes erhoben hat.

Erſteres wird dann der Fall ſein, wenn der Angeklagte durch den fehlerhaften Wahrſpruch in eine ungünſtigere Lage verſetzt worden iſt, als dies ohne den Fehler der Fall geweſen wäre, z. B. die Geſchwornen hätten ihrem bejahenden Wahrſpruche ungefragt eine Erklärung beigefügt, durch welche die Schuld des Angeklagten im Vergleiche zu dem in den Fragen enthaltenen Reate geſteigert würde. In dieſem Falle müßte natürlich nicht bloß das Erkenntniß des Gerichtshofes, ſondern auch der Wahrſpruch ſammt Hauptverhandlung vernichtet, und die Sache zur wiederholten Verhandlung und Entſcheidung auf Grund des Verweiſungs-Erkenntniſſes verwieſen werden.

Der Angeklagte kann aber im Falle der Nicht-Anwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrſpruch auch (anſtatt der Nichtigkeitsbeſchwerde „wegen einer bei der Schöpfung des Wahrſpruches

vorgekommenen Formverletzung") die Nichtigkeitsbeſchwerde „wegen unrichtiger Anwendung des Strafgeſetzes" erheben, und er wird dies ohne Zweifel jedesmal thun, wenn er durch den fehlerhaften Wahrſpruch in eine günſtigere Lage verſetzt worden iſt, als dies ohne den Fehler der Fall geweſen wäre; z. B. wenn die Geſchwornen ihrem bejahenden Wahrſpruch ungefragt die Erklärung beigefügt haben: „jedoch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit", und wenn dann der Gerichtshof, die Anwendung des Art. 196 unterlaſſend, dieſen Beiſatz lediglich pro non adjecto gehalten und demgemäß Strafe zuerkannt hat.

Nach der herrſchenden Anſicht liegt zwar in dieſem Falle ein Fehler bei der Schöpfung des Wahrſpruches vor [2]); allein man kann den Angeklagten nicht zwingen, durch eine hiedurch mo-

---

[1]) Vgl. meinen Aufſatz in Hitzig's Annalen der deutſchen und ausländiſchen Kriminalrechtspflege. Neue Folge v. Schletter 40. Bd. S. 207—223 mit einem Nachtrag hiezu vom Geh. Juſtizrath Dr. F. A. Biener im 42. Bd. S. 1—6. Dieſelbe Anſicht findet ſich in oberſtrichterl. Erk. v. 30. Dez. 1852 und 29. März 1853 ſ. Sitzungsberichte der bayer. Strafg. Bd. 4 S. 453 ff. und Bd. 5 S. 126 ff. — Indeſſen iſt die gegentheilige Anſicht in dieſen Blättern (Bd. XIX S. 1—13) von dem Herrn Herausgeber auf eine ſo gründliche Weiſe vertreten worden, daß man die Akten in dieſer Sache noch nicht für geſchloſſen erklären kann. Die Frage läßt ſich nicht ſo nebenbei in einer Note erörtern, ſondern verlangt eine beſondere umfaſſende Beſprechung mit Rückſicht auf alle pro und contra vorgebrachten Gründe. — (Dieſer von Hrn. Prof. W. in Ausſicht geſtellten umfaſſenden Beſprechung ſieht der Herausgeber der Bl. f. RA. um ſo begieriger entgegen, als er eine Würdigung ſeiner Ausführung in Bd. XIX S. 1—13 bei Durchleſung der in Hitzigs Annalen mitgetheilten Abhandlung zwar geſucht, aber nicht gefunden hat).

tivirte Nichtigkeitsbeſchwerde ſeine Lage möglicherweiſe zu verſchlimmern. Ihm iſt der fehlerhafte Wahrſpruch höchſt willkommen und es konnte ihm nichts lieber ſein, als daß der Gerichtshof die Anwendung des Art. 196 unterließ. Er iſt nicht verpflichtet, die für ihn günſtigen Folgen dieſes Verſtoßes des Gerichtshofes durch eine Nichtigkeitsbeſchwerde zu beſeitigen; ich ſage „günſtigen Folgen," weil er die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen unrichtiger Anwendung des Geſetzes erheben und dadurch eine geringere Strafe, als die ihm zuerkannte, herbeiführen kann. Er kann dies, weil der, obwohl an und für ſich fehlerhafte, ſo doch nach Lage der Sache jetzt unabänderliche Wahrſpruch vom Gerichtshofe gegen das Geſetz nicht zur Grundlage ſeines Erkenntniſſes gemacht, m. a. W. weil „vom Schwurgerichtshofe das Geſetz unrichtig auf die durch den Wahrſpruch der Geſchwornen feſtgeſtellten Thatſachen (wozu auch die geminderte Zurechnungsfähigkeit gehört) angewendet worden iſt." Da nun aber der Kaſſationshof im Falle einer N. B. wegen unrichtiger Anwendung des Geſetzes nach Art 245 Nr. II lediglich dieſen Punkt ſeiner Würdigung zu unterſtellen hat, ohne in eine Prüfung des der Urtheilsfällung vorausgegangenen Verfahrens einzugehen, ſo bleibt ihm hier nichts Anderes übrig, als nach Art. 249 Ziffer 2 reſp. 248 Ziffer 2 lediglich das Strafurtheil zu vernichten und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung auf Grund des Geſamtwahrſpruches an die nächſte Aſſiſe zu verweiſen.

Was endlich die Frage betrifft, ob in dieſem Falle (der Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrſpruch) die Nichtigkeitsbeſchwerde auch dem Staatsanwalte zuſtehe, ſo ergibt ſich die Antwort hierauf aus Obigem von ſelbſt. Er kann ſie danach zwar, wie der Angeklagte, wegen

unrichtiger Anwendung des Geſetzes, nicht aber wegen Formverletzung bei Schöpfung des Wahrſpruches erheben. Die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen unrichtiger Anwendung des Geſetzes kann er aber im fraglichen Falle deßhalb erheben, weil der Aſſiſenhof, wie oben gezeigt, die durch den (wenn auch an ſich fehlerhaften, ſo doch nach Lage der Sache unabänderlichen) Wahrſpruch feſtgeſtellten Thatſachen (wozu auch die gem. Zur. F. gehört) ſeinem Urtheile nicht zu Grunde gelegt hat [3]), und er kann ſie ebenſo dann erheben, wenn der Angeklagte durch den fehlerhaften Wahrſpruch in eine ungünſtigere, wie wenn er in eine günſtigere Lage gekommen iſt, als dies ohne den Fehler der Fall geweſen wäre. Nur iſt zu bemerken, daß wenn erſteren Falles neben dieſer N. B. des Staatsanwaltes eine N. B. des Angeklagten wegen Formverletzung bei der Schöpfung des Wahrſpruches eingelaufen iſt, — die N. B. des Staatsanwaltes wirkungslos bleiben muß, weil in Folge der ſiegreichen Beſchwerde des Angeklagten der Wahrſpruch ſammt Hauptverhandlung kaſſirt werden muß.

Iſt aber keine ſolche Beſchwerde des Angeklagten eingelaufen, ſo hat der Kaſſationshof lediglich das Erkenntniß des Aſſiſenhofes zu vernichten

---

[3]) Hr. Prof. W. ſpricht hier, wie aus dem Obigen erhellt, nur von Fällen, welche an einem doppelten Gebrechen leiden, an der Nichtanwendung des Art. 196 auf einen fehlerhaften Wahrſpruch, und an dem Fehler des Urtheils, daß ihm die durch den Wahrſpruch feſtgeſtellten Thatſachen nicht zu Grunde gelegt ſind. Die Statthaftigkeit und Beurtheilung ſtaatsanwaltſchaftlicher Nichtigkeitsbeſchwerden kann aber auch da in Frage kommen, wo nur das erſte der beiden Gebrechen, nicht auch das zweite, vorliegt. Hierüber ſ. oben S. 199.

und die Sache zur wiederholten Urtheilsfällung (durch den Aſſiſenhof) auf Grund des (zwar fehlerhaften, aber unabänderlichen) Wahrſpruches zu verweiſen. Dr. F. Walther.

Nachſchrift. Folgende Bemerkungen, durch vorſtehende Erörterung veranlaßt, treffen mit dieſer im Hauptreſultate zuſammen.

Es ſcheint angemeſſen, die beiden Hauptfälle — Unterlaſſung der Berichtigung einer fehlerhaften, und unbegründete Berichtigung eines fehlerfreien Wahrſpruchs — in der ganzen Auffaſſung auseinander zu halten.

a) Hat der Schwurgerichtshof unterlaſſen, die Berichtigung eines fehlerhaften Wahrſpruchs herbeizuführen, ſo kommt Art. 230 lit. a direkt zur Anwendung. Der Wahrſpruch und das vorhergegangene Verfahren iſt (relativ — für den Angeklagten) nichtig, nicht weil die Berichtigung unterlaſſen wurde, ſondern — weil eben der der Urtheilsfällung zu Grund gelegte Wahrſpruch ein mangelhafter iſt, weil alſo bei der Schöpfung des Wahrſpruchs ein prozeſſualer Fehler begangen wurde.

b) Was den andern Fall anlangt — unbegründete Berichtigung eines korrekten Wahrſpruchs, — ſo iſt wohl davon auszugehen, daß hier eine Lücke des Geſetzes vorliegt, zu deren Ausfüllung die Analogie zu Hilfe genommen werden muß, und zwar zunächſt die Rechtsanalogie. Das höhere Prinzip, welches dem Art. 230 zu Grunde liegt, iſt aber kein anderes, als der Gedanke, daß nur die prozeſſualiſchen Fehler während der der Fällung des Verdikts vorausgegangenen Hauptverhandlung und die Fehler der Geſchwornen bei der Findung des Wahrſpruchs ſelbſt den Wahrſpruch und das Verfahren (relativ) annulliren.

Dagegen die Fehler des Gerichtshofes hinſichtlich der ihm in Beziehung auf den Wahrſpruch zu-

ſtehenden Thätigkeit ſollen nur eine Nichtigkeit ſeines Urtheils begründen, während der Wahrſpruch aufrecht bleibt.

Das Geſetz macht zweierlei Fehler des Gerichtshofs namhaft: prozeſſualiſche Fehler bei ſeiner Urtheilsfällung, Fehler in der Geſetzanwendung. Ein ganz verwandter Fehler iſt es offenbar, wenn der Gerichtshof ſtatt des fehlerfreien Wahrſpruchs einen unter der falſchen Vorausſetzung der Inkorrektheit des erſten herbeigeführten abändernden Wahrſpruch zu Grunde legt. Die Urtheilsfällung iſt damit von einer falſchen Baſis ausgegangen, und die Geſetzesanwendung erhält eine unrichtige Grundlage.

Es iſt ſomit die analoge Anwendung der lit. b und c des Art. 230 begründet. Nur das Urtheil des Schwurgerichtshofes unterliegt der Nichtigkeitsbeſchwerde; dem Angeſchuldigten wird aber in allen Fällen der als richtig wiederhergeſtellte erſte Wahrſpruch durch den Protokollführer des Gerichtshofs, bevor ſich dieſer zur neuen Urtheilsfällung in das Berathungszimmer begibt, in der öffentlichen Sitzung zu verkünden ſein. [4]) — D.

[4]) Dies ſcheint um ſo mehr in der Natur der Sache zu liegen, als wohl der neuen Berathung des Gerichtshofes auch eine wiederholte Anwendung des Art. 199 vorhergehen muß. — Wollte übrigens wegen der früheren Nichtverkündung des erſten fehlerfreien Wahrſpruchs nebſt dem Urtheile des Gerichtshofes und dem zweiten Wahrſpruch auch der erſte mit den vorhergegangenen Verhandlungen vernichtet werden, ſo läge darin eine handgreifliche Verletzung der Vorſchrift des Art. 248 Nr. II, nicht minder ein auffallender Widerſtreit mit der Feſtſtellung, daß die Beurtheilung auf Grundlage des erſten Wahrſpruchs von Rechtswegen gebührt hätte. S.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 5. Juli 1856. 21. Jahrgang. № 14.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Anträge wegen Vermögenssicherung, welche während eines Ehescheidungsprozesses gestellt werden, gehören nicht vor das Ehegericht, sondern vor das betr. Civilgericht — Die Wechselgerichte sind auch bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben zuständig. — Kapitalverbrechen sind nur die mit Todesstrafe bedrohten. — Alimentenklage. Ernährung des Kindes durch Dritte. — Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erlöschen durch deren Tod. — Entkräftung der Injurienklage durch Deklaration auf dieselbe, nach gemeinem Rechte. — Rekurs gegen Gebühren-Ermäßigung. Einreichung bei dem Rekursgericht. — Appellation im Konkurse. Ueber den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch anderen Mitgläubigern zu Gute komme. — Umfang der Devolution. Frage der Zurückweisung an den vorigen Richter. — Berichtigung.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXII.

Anträge wegen Vermögenssicherung, welche während eines Ehescheidungsprozesses gestellt werden, gehören nicht vor das Ehegericht, sondern vor das betr. Civilgericht.

Katharine N., welche mit ihrem Ehemann in einen Scheidungsprozeß verwickelt war, stellte bei dem Kreis- und Stadtgerichte N. Anträge wegen Sicherung ihres Vermögens, wurde aber von dort nach hierüber gepflogener Verhandlung damit ab, und an das protestant. Ehegericht verwiesen, weil diese Sache, als ein während des Ehescheidungsprozesses entstandener Inzidentstreit, dorthin gehöre. Das Ehegericht, an welches sich die Implorantin hierauf mit der Bitte wendete, auf den Grund der vom Kr. u. StG. N. gepflogenen Verhandlung bezüglich der Vermögenssicherung das weitere Recht-

liche zu erkennen, erklärte sich jedoch ebenfalls für inkompetent.

Dieser Kompetenzkonflikt wurde durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 3. November 1855 (Urtheilsbuch Nr. 65) dahin entschieden:

daß das Kreis- und Stadtgericht N. zur Entscheidung dieser Sache zuständig sei.

Gründe: Den protestantischen Ehegerichten ist nach den bestehenden Verordnungen über die Einführung und Organisation derselben und nach den im Königreiche bestehenden verschiedenen Ehescheidungsordnungen nur die Entscheidung über die Auflösung oder den Fortbestand des Eheverbandes, dann der Ausspruch darüber übertragen, wer von den Ehegatten für den schuldigen Theil zu erklären, ob dem einen oder anderen Theile die Wiederverehelichung vorbehaltlich königlicher Dispensation zu untersagen sei, und ob und in welchem Grade von einem Theile Ehescheidungsstrafen verwirkt und zu entrichten seien.

Die Verhandlung und Entscheidung über die civilrechtlichen Folgen der Scheidung bezüglich der Vermögensverhältnisse und der Kinder aber ist den ordentlichen Gerichten vorbehalten.

Verordnung v. 8. Juli 1806, das gerichtl. Verfahren in Ehestreitigkeiten der Protestanten betr. §. 21 Reg. Bl. 1806. S. 286.

Verordnung v. 4. Aug. 1808, den Gerichtsstand in Ehesachen verschiedener Religionen betr. §. 1. Moritz Nov.-Samml. Bd. I. S. 70.

Verordnung v. 22. Nov. 1810, das Instanzenverhältniß in kathol. und protest. Ehesachen im Rezatkreise betr. Reg. Bl. 1810 S. 1378 u. von 1811 S. 42.

Gesetz vom 28. Juli 1818, die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. Gesetzbl. 1818 S. 474.

Novelle vom 17. November 1837. §. 1 Nr. 2.

Diese Kompetenz haben die protest. Ehegerichte von jeher eingehalten und nach einer konstanten Praxis haben sie nur Anträge auf Leistung persönlicher Verbindlichkeiten, wie z. B. Anträge auf Alimentation oder interimistische Separation während der Dauer des Ehescheidungsprozesses nach den in der GO. Kap. I §. 10 ausgesprochenen Grundsätzen vom Zusammenhange und der Konnexität als zu ihrer Kompetenz gehörig erachtet und verbeschieden.

Vgl. Blätter für Rechtsanwendung. Bd. XVI S. 154 ff.

Der vorliegende Antrag der Ehefrau betrifft aber nicht blos persönliche Rechte vielmehr ist er darauf gerichtet, ihrem Ehemanne alle Disposition über ihr Vermögen zu entziehen, sie in den Besitz ihres in die Ehe gebrachten Mobiliarvermögens zu setzen und das von ihr inferirte Haus sammt der realen Großpfragnerei-Gerechtsame und den Geschäfts-Utensilien und Vorräthen zu verkaufen. Er bezieht sich daher auch auf Realrechte und bezweckt in dieser Ausdehnung nicht ein bloses Provisorium, sondern schon eine definitive Vermögenstheilung, welche erst nach eingetretener Rechtskraft des Scheidungsurtheiles erfolgen kann, und, da sie zu den bürgerlichen Wirkungen der Ehescheidung gehört, den ordentlichen Gerichten vorbehalten ist.

Dieser Antrag betrifft für die Ehegerichte nicht blos einen Gegenstand, welcher zur ehegerichtlichen Gerichtsbarkeit an sich nicht gehört, sondern er steht auch mit dem Ehescheidungsprozesse nicht in einem solchen unmittelbaren Zusammenhange, daß er nicht ohne diesen entschieden werden kann.

Daß das Gesetz vom 28. Juli 1818, die Kompetenz über die Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen

betr., hier nicht maßgebend sei, kann nicht angenommen werden, denn dasselbe bezieht sich auf Katholiken und Protestanten und verordnet ausdrücklich, daß die aus Ehescheidungen entspringenden civilrechtlichen Wirkungen als ein reiner Gegenstand der bürgerlichen Gerichtsbarkeit jederzeit nur von dem ordentlichen Richter beurtheilt werden sollen und wiederholt nur die Vorschriften, welche die älteren oben angeführten Verordnungen enthalten.

$^{3}/_{7}$.

LXXIII.

Die Wechselgerichte sind auch bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben zuständig [1]).

Das Wechsel= und Merkantilgericht München hat eine bei demselben wegen Schuldforderungen aus Wechseln gegen die Benefizial=Erben des verstorbenen Ausstellers der Wechsel angebrachte Klage von der Gerichtsschwelle wegen Mangels der Kompetenz abgewiesen, weil nach der gemäß §. 21 der bayer. WO. v. 1785 zur Anwendung kommenden Augsburger WO. Kap. 10 §. 12 im Falle des bedingten Erbschaftsantrittes der Erben des Wechselschuldners die Sache an die ordentliche Instanz verwiesen werden müsse.

Auf erfolgte Bestätigung dieser Klagabweisung von Seite des Wechsel= und Merkantilgerichtes II. Instanz stellte der Gläubiger bei dem Kreis= und Stadtg. M., als dem Forum des Kontraktes, Klage, da aber dieselbe auch von da wegen Mangels der

---

[1]) Die gegentheilige Entscheidung in Bd. XI S. 184 dieser Bl. ist vor Einführung der allgem. deutsch. WO. ergangen.

Zuständigkeit von der Gerichtsschwelle abgewiesen wurde, weil es sich um eine Wechselsache handle, so veranlaßte der Kläger die oberstrichterliche Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes, welche am 19. April 1856 sowohl in dieser als auch in einer andern ganz gleichartigen Sache (Urtheilsbuch Nr. 67 u. 68) dahin erfolgte:

Daß die Wechsel= und Merkantilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Streitsache zuständig seien.

Gründe: Die Frage, ob und wie weit gegen die Erben eines Wechselausstellers bei dem Wechsel= und Merkantilgerichte Klage gestellt werden könne, fällt mit der Frage zusammen, ob und in wie weit die wechselmäßige Verbindlichkeit des Wechselausstellers auf dessen Erben übergehe, ob auch dieser aus dem von seinem Erblasser ausgestellten Wechsel nach Wechselrecht hafte.

Das eigenthümliche gerichtliche Verfahren zur Geltendmachung wechselmäßiger Ansprüche bildet einen Bestandtheil der Wechselstrenge, in welcher eben das Charakteristische des Wechsels liegt, und eine aus einem Wechsel abgeleitete Forderung, welche nicht in dem für Wechselsachen bestehenden eigenthümlichen Verfahren, und, wo für dieses Verfahren besondere Gerichte bestellt sind, vor dem Wechselgerichte geltend gemacht werden kann, ist eben deshalb keine im Wechselrechte gegründete.

Nun entscheiden aber darüber, ob auch der Erbe des Ausstellers eines Wechsels aus demselben nach Wechselrecht hafte und in Folge dessen vor dem Wechselgerichte belangt werden könne, nicht die Bestimmungen über das Verfahren in Wechselsachen, sondern die Bestimmungen des Wechselrechts. Als eine wechselrechtliche ist diese Frage auch in dem von den Wechselgerichten I. u. II. Instanz in Bezug genommenen Kap. 10 §. 12 der Augsb.

WO. aufgefaßt; indem dort bestimmt ist, daß auch gegen die Erben (nach erklärtem Erbschaftsantritte) ebenso, wie gegen den Wechselschuldner nach Wechselrecht verfahren werde, ausgenommen, wenn sie die Erbschaft cum beneficio inventarii antreten, in welchem Falle die Sache an die ordentliche Instanz verwiesen werden müsse. Hieraus ergibt sich, daß die eben angeführte Bestimmung der Augsb. WO. keine Anwendung mehr findet, da nach Art. 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1850 mit dem 1. Jan. 1851 die allg. deutsche Wechselordnung an die Stelle der in den einzelnen Theilen des Königreichs bis dahin bestandenen wechselrechtlichen Vorschriften getreten ist (wornach auch der auf die Augsb. WO. verweisende §. 21 der bayer. WO. keine gesetzliche Geltung mehr hat) und daß bei Entscheidung der vorwürfigen Frage nur die Bestimmungen der allg. deutschen Wechselordnung zum Grunde gelegt werden können.

Die deutsche WO. enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die wechselmäßige Verbindlichkeit des Wechselschuldners auch auf dessen Erben übergehe, sie spricht nur von der wechselmäßigen Haftung des Ausstellers eines Wechsels, des Acceptanten, des Indossenten (Art. 8, 14, 23, 81, 100); die deutsche WO. spricht aber auch eben so wenig aus, daß die wechselmäßige Verpflichtung des Wechselschuldners durch dessen Tod erlösche, und schon hieraus muß gefolgert werden, daß der Rechtsgrundsatz, gemäß welchen durch den Erbschaftsantritt der Erbe in alle Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, mit Ausnahme der höchstpersönlichen eintritt, sonach alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben übergehen, auch auf die wechselmäßigen Verbindlichkeiten, welche — abgesehen von der Wechselhaft — zu den höchstpersönlichen nicht gerechnet werden können, Anwendung

finde, wie dieß auch früher nach den Grundſätzen des gemeinen deutſchen Wechſelrechts angenommen worden iſt.

Eichhorn deutſches Privatrecht. §. 148. 5 Ausg.

Mittermaier deutſches Privatrecht. §. 356. 7 Ausg.

Thöl Handelsrecht. §. 301.

Noch beſtimmter ergibt ſich dieſes aber aus der Beſtimmung des Art. 2 Ziff. 1 der deutſchen WO., daß der Wechſelarreſt gegen die Erben eines Wechſelſchuldners nicht zuläſſig ſei, indem dieſe Ausnahmsbeſtimmung nach bekannter Auslegungsregel zu dem Schluſſe berechtiget, daß, abgeſehen von dem Wechſelarreſte die übrigen Folgen der wechſelmäßigen Verbindlichkeit des Wechſelſchuldners ſich auch auf deſſen Erben erſtrecken und die Beſtimmung des Art. 2 Ziff. 1 ganz überflüſſig geweſen ſein würde, wenn nicht als ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt worden wäre, daß die wechſelmäßige Verbindlichkeit des Wechſelausſtellers u. ſ. w. auch auf deſſen Erben übergehe.

Steht aber einmal feſt, daß die wechſelmäßige Verbindlichkeit überhaupt mit dem Tode des urſprünglichen Wechſelſchuldners nicht erlöſche, ſondern auf deſſen Erben übergehe, ſo kann es auch darauf, ob die Erbſchaft mit oder ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten worden, in Ermangelung einer entgegenſtehenden poſitiven Geſetzesbeſtimmung nicht ankommen, da durch den Erbſchaftsantritt mit der Rechtswohlthat des Inventars die Wirkungen des Erbſchaftsantrittes — der unbedingte Eintritt des Erben in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblaſſers — in Anſehung der letztern nur unter der Vorausſetzung beſchränkt werden, daß die Schulden den Beſtand der Activmaſſe überſteigen, und in dem Falle, wenn der verklagte Erbe durch Vorlage des Inventars nachweiſet, daß die Erbſchaft

überschuldet sei, nach Kap. 11 §. 1 der bayer. Wechselgerichtsordnung ein exekutives Vorschreiten des Wechsel- und Merkantilgerichts ohnehin nicht mehr statt findet.

Die in der Klage geltend gemachte Forderung stellt sich demnach, wenn auch die Klage gegen die Erben des Wechselausstellers gerichtet ist, als eine im Wechselrechte gegründete dar, und in Folge dessen sind gemäß Kap. I §. 5 der WGO. nur die Wechsel- und Merkantilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung über diese Klage zuständig. $^3/_7$.

Kapitalverbrechen sind nur die mit Todesstrafe bedrohten.

In der Einleitung zum bayerischen Strafgesetzbuche von 1813 §. 11 Seite 33 und §. 12 Seite 38 sind die Todes- und Kettenstrafe (weil mit dem bürgerlichen Tode verbunden) als Kapitalstrafen und die mit Todes- oder Kettenstrafe bedrohten Verbrechen als Kapitalverbrechen bezeichnet. Die gleiche Terminologie findet sich in den Anmerkungen zu Art. 7, 8 und 9, zu Art. 69 und 70, und zu Art. 291 und 292, indem als Beleg für diese Auffassung des Begriffs „Kapitalverbrechen" auf Art. 69 und 77 des Gesetzbuchs verwiesen wird, wo sich der Ausdruck „Kapitalverbrechen" in der angegebenen Bedeutung finden soll.

In Folge dieser Bemerkungen hat sich die gemeine Meinung gebildet, unter Kapitalverbrechen seien solche zu verstehen, die mit Todes- oder Kettenstrafe geahndet werden.

Abgesehen nun davon, daß mit der Aufhebung des bürgerlichen Todes in Bayern die Ursache hinwegfällt, aus welcher in der Einleitung und von den

Anmerkungen a. a. O. die Kettenstrafe als Kapitalstrafe bezeichnet wird: steht die erwähnte Auffassung des Ausdrucks „Kapitalverbrechen" mit den klarsten Worten des Gesetzbuchs selbst in Widerspruch.

Gerade Art. 69, welcher in den Anmerk. als Beispiel einer Gesetzesstelle angegeben wird, wo die Verbrechen, die mit Kettenstrafe bedroht sind, als Kapitalverbrechen bezeichnet seien, besagt das Gegentheil.

Der angeführte Artikel lautet:

„Eine strafbare Handlung oder Unterlassung, welcher kein rechtswidriger Vorsatz, sondern nur Fahrlässigkeit zum Grunde liegt, soll blos als Vergehen, daher nicht härter als mit Gefängniß und zwar im Falle grober Fahrlässigkeit in folgendem Verhältnisse gestraft werden:

I. mit Gefängniß auf 18 Monate bis zu 2 Jahren, wenn die strafbare Handlung bei vorhandenen rechtswidrigem Erfolge ein **Kapitalverbrechen** wäre;

II. mit Gefängniß von einem Jahre bis zu 18 Monaten, wenn in der vorbemeldeten Voraussetzung **Kettenstrafe** eintreten würde.

. . . . . .

Offenbar sind hier Kapitalverbrechen denen gegenüber gestellt, welche mit Kettenstrafe bedroht sind, woraus einfach folgt, daß die mit Kettenstrafe belegten Verbrechen zur Kategorie der Kapitalverbrechen nicht gehören.

Auf Art. 69 konnte man sich also nur insoferne berufen, als darin das Wort „Kapitalverbrechen" vorkommt.

Was die Hinweisung auf Art. 77 betrifft, so würde sie lediglich dann zutreffen, wenn man dabei bereits von der Voraussetzung ausginge, daß die Kettenstrafe eine Kapitalstrafe sei. Dieß soll aber durch diesen Artikel erst erwiesen werden; daher liegt

hier eine unzuläſſige petitio principii vor; und es kann Art. 77 zum Mindeſten nicht als Beweis für das gebraucht werden, was durch die Bezugnahme auf denſelben erhärtet werden ſollte. Zu welchem Ergebniſſe dieſer Artikel in der That führe, wird ſich unten zeigen.

Die vorerwähnte Folgerung aber, daß die mit Kettenſtrafe bedrohten Verbrechen keine Kapitalverbrechen ſeien, wird außerdem beſtätigt durch die Beſtimmungen des Art. 105 über unverſchuldet lange erlittenen Unterſuchungsarreſt als Strafmilderungsgrund bei Kapitalverbrechen, ſo wie durch Art. 78 Nr. I und II, wo es heißt:

„..... dann ſoll gegen denſelben

I. bei Kapitalverbrechen 4—6 jähriges Arbeitshaus,

II. bei Verbrechen, welche Zuchthaus oder Kettenſtrafe zur Folge haben, ein bis 3 jähriges Arbeitshaus ..... angewendet werden.

Auch hier ſind Kapitalverbrechen, und ſolche, die mit Kettenſtrafe bedroht ſind, einander entgegengeſtellt, ſo daß eine zuſammenfaſſende Subſumtion der Verbrechen, die mit Todes- und derer, die mit Kettenſtrafe geahndet werden, unter den gemeinſamen Begriff „Kapitalverbrechen" als eine irrige zu bezeichnen iſt. —

Demgemäß hatte man und hat beſonders jetzt [1]) unter Kapitalverbrechen im Sinne des bayeriſchen Strafrechts nur ſolche Verbrechen zu verſtehen, die mit Todesſtrafe bedroht ſind.

Daß gegen dieſe, wie nachgewieſen wurde, allein mit den Worten des Geſetzes in Einklang ſtehende Terminologie die Autorität der Anmerk-

[1]) Seit Aufhebung des bürgerlichen Todes durch Geſetz v. 18 November 1849 Art. 1.

ungen nicht angeführt werden darf, ist wohl kaum einem gegründeten Zweifel unterworfen.

Die Anmerkungen verlangen nur Berücksichtigung in allen den Punkten, wo es auf Erläuterung des Strafgesetzbuchs, auf den Sinn und Grund einer gesetzlichen Bestimmung und auf die Grundsätze zu deren Anwendung ankommt. Wo dagegen die Gesetzesworte selbst so deutlich und klar reden, wie in den besprochenen Artikeln (69, 78 und 105), da bedarf es nicht erst der Erläuterung von Seiten der Anmerkungen, um den Sinn des Gesetzes zu deuten und auf dessen Grund zu kommen [2]). Und gerade der Umstand, daß der Autor der Anmerkungen sich auf das Gesetzbuch beruft, um seine Terminologie zu beglaubigen (?), während doch der von ihm bezogene Artikel 69 das Gegentheil in der unzweideutigsten Weise besagt: gerade dieser Umstand berechtigt uns, für den vorliegenden Fall die Autorität der Anmerkungen bei Seite zu setzen und lediglich das Gesetzbuch entscheiden zu lassen. —

Daß es aber praktisch nicht gleichgiltig ist, ob man unter Kapitalstrafen nur die Todes- oder auch die Kettenstrafe versteht, ergibt sich bei der Anwendung des bereits besprochenen Art. 77 Nr. I und II. Darnach werden nämlich Gehilfen des 2. Grades bei Kapitalverbrechen mit Zuchthaus von 12—16 Jahren bestraft, bei Verbrechen, gegen deren Urheber 20 jähriges Zuchthaus oder noch eine schwerere Freiheitsstrafe verordnet ist, mit 8—12 jährigem Zuchthaus.

---

[2]) Ueber die Unstatthaftigkeit der Annahme einer derogatorischen Kraft der Anmerkungen vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 168; Bd. VII S. 170 und Bd. IX S. 291. — Vgl. noch Sitzungsberichte, Bd. IV S. 112 ff.

Schwerere Freiheitsstrafen als 20 jähriges Zuchthaus sind aber nach bayerischem Rechte die Strafe des Zuchthauses auf unbestimmte Zeit und die Kettenstrafe. Handelt es sich also von Bestrafung eines Gehilfen 2. Grades bei einem für den Urheber mit Kettenstrafe bedrohten Verbrechen, so hat nach der Bedeutung des Ausdruckes: „oder eine noch schwerere Freiheitsstrafe verordnet ist" — die Nr. 2 des Art. 77 zur Anwendung zu kommen. Zur Befestigung dieser Interpretation dient es nun, daß nach obiger Ausführung unter den in Nr. 1 erwähnten „Kapitalverbrechen" die mit Kettenstrafe bedrohten nicht begriffen sind.

HS.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Alimentenklage. Ernährung des Kindes durch Dritte.

Der gegen die Alimentenklage der außerehelichen Mutter aufgestellte Einwand:

> daß dritte Personen das Kind bis jetzt unentgeltlich erzogen haben und es auch ferner unentgeltlich erziehen wollen, —

kann allerdings, wenn er erwiesen wird, den Beklagten von seiner Alimentationsverbindlichkeit befreien.

Erk. des AG. zu Dresden, vom dortigen OAG. am 16. Januar 1849 bestätigt. Wochenblatt für merkw. Rf. 1855 S. 64.

2.

Wechselseitiges Testament unter Eheleuten. Bestimmungen zu Gunsten der Kinder. Erlöschen durch deren Tod.

Preuß. LR. II, 1 §. 492, 496.

Die in einem wechselseitigen Testamente zu Gunsten der gemeinschaftlichen Kinder in Beziehung

auf den künftigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten getroffenen Verfügungen beschränken den Ueberlebenden, welcher die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, hinsichtlich der letztwilligen Disposition über seinen eigenen Nachlaß in dem Falle nicht, wenn die gemeinschaftlichen Kinder ohne Hinterlassung von Descendenten vor dem Ueberlebenden gestorben sind. Die sonstigen Erben der Kinder können eine solche letztwillige Disposition nur dann anfechten, wenn der Inhalt des Testaments deutlich entnehmen läßt, daß der Erstverstorbene auch solchen entfernteren Verwandten resp. Erben der Kinder den Nachlaß habe zugewendet wissen wollen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 1. Juli 1853. Entsch. des OT. Bd. 26 S. 58.

3.

Entkräftung der Injurienklage durch Deklaration auf dieselbe, nach gemeinem Rechte.

Vgl. Bd. 12 S. 201, Bd. 20 S. 207.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen (es handelte sich von einer wegen Verbalinjurien erhobenen actio aestimatoria) wurde hierüber geäußert:

Nach fr. 48 de regulis juris ist das, was im Zorn gesagt wurde, nicht gültig, bis aus dem Beharren hiebei erhellt, daß es der Ausspruch der Gesinnung sei. Diese gesetzliche Bestimmung ist auch auf Verbalinjurien anwendbar, wenn derjenige, welcher wegen derselben von dem Beleidigten mit der Injurienklage belangt wird, sogleich unbedingt bekennt, daß ihm das Gesagte nur im Zorn unbedachterweise entschlüpft, daß es nicht Gegenstand seiner Gesinnung gewesen sei, und er es sofort, unter entsprechender bestimmter Ehrenerklärung, dem Be-

leidigten gegenüber ohne weiteres zurücknimmt. Durch eine solche Deklaration fällt der animus injuriandi, welcher als Grundlage der Injurienklage erscheint, hinweg und dem Beleidigten wird rechtliche Genugthuung gewährt . . . . . Eine solche unbedingte Deklaration hat die Beklagte dem Revidenten auf seine Klage in ihrer schriftlichen Eingabe vom 1. praes. 5. Dez. 1853 bei dem Gerichte I. Instanz ohne weiteres feierlich gewährt, und zwar mit ihrer eigenhändigen Unterschrift (sohin nicht bloß durch ihren Anwalt) . . . . . Uebrigens genügt bei der Deklaration, welche ihrem Wesen nach jedes Beweisinterlokut ausschließt, das reumüthige demüthigende Bekenntniß, in der Leidenschaft des Zorns unbedachtsamerweise sich zu rechtswidrigen Aeußerungen hinreißen lassen zu haben, zugleich als Beweis der Wahrhaftigkeit ihres Inhaltes, ohne daß es ferner darauf anzukommen hat, wer oder was diese Leidenschaft anfachte . . . . .

OAGE. vom 4. Januar 1856 Nr. 1390$^{53}/_{54}$.

4.

Rekurs gegen Gebühren-Ermäßigung. Einreichung bei dem Rekursgericht.

Vgl. Bd. XI S. 265. Komment. ü. d. GO. Bd. I Aufl. II S. 369 Note 92.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Dieser Rekurs wurde zwar rechtzeitig bei dem das Urtheil publizirenden Richter angemeldet; aber die Rekursschrift wurde unmittelbar beim obersten Gerichtshof exhibirt, wodurch sie erst lange nach Abfluß des 14 tägigen Rekurstermines an den publizirenden Richter gelangte. Da nun die Verordnung v. 23. März 1813, die Disziplinarsachen der Anwälte betr., in Absatz 12 ausdrücklich festsetzt, die

Rekurse müssen sub poena desertionis binnen 14 Tagen bei jenem Richter übergeben werden, welcher das gravirliche Erkenntniß publizirt hat, dieser Vorschrift aber nicht nachgekommen wurde, so mußte die Beschwerde als desert abgewiesen werden.

OAGE. v. 28. Januar 1856. Nr. $21^{54}/_{55}$.

Nachschrift. Der Herausgeber bezweifelt im Hinblick auf Komment. a. a. O. S. 370 Nr. 4, aus den in Bd. XI S. 265 f. unserer Zeitschrift dargelegten Gründen die Richtigkeit der vorstehenden Entscheidung. Da sich aber die oberstrichterliche Praxis in diesem Punkte befestigt zu haben scheint, so werden die Betheiligten nicht verfehlen, sich darnach zu richten.

5.

Appellation im Konkurse. Ueber den Satz, daß der Sieg eines appellirenden Gläubigers auch andern Mitgläubigern zu Gute komme.

Nach GO. Kap. XIX §. 16 Nr. 3 kann die von einem Gläubiger eingewandte Appellation auch andern Mitgläubigern zu Gute kommen, so weit sie nämlich eandem causam gravaminis für sich haben. — In einem gegebenen Falle handelte es sich davon, ob nicht die Kinder des Gemeinschuldners mit einem Theile ihres vorlozirten Muttergutes andern Mitgläubigern zu haften hätten, also von einer nicht die Verpflichtungen des Gemeinschuldners betreffenden Frage. Von dem Vertreter einiger Gläubiger wurde gegen das (erstrichterliche) Prioritätserkenntniß, in welchem der Behauptung jener Haftung keine Folge gegeben war, das Rechtsmittel der Berufung ergriffen. Bei der späteren oberstrichterlichen Beurtheilung wurde die Frage angeregt, ob der in zweiter Instanz erstrittene Sieg des Appellanten, auch andern nicht ap-

pellirenden Gläubigern zu Gute kommen könne. Dieſe Frage wurde verneint, indem der Rückgriff der Gläubiger auf die vorlozirten Forderungen der kridariſchen Kinder zu dem individuellen Rechte jedes Gläubigers gehöre, daher keine eadem causa gravaminis unter der Geſammtheit der Gläubiger beſtehe.

OAGE. v. 27. Juni 1855. Nr. $502^{54}/_{55}$.

6.

Umfang der Devolution. Frage der Zurückweiſung an den vorigen Richter.

Die Grundſätze des über dieſen Gegenſtand von dem oberſten Gerichtshofe am 10. Dez. 1842 erlaſſenen Plenarbeſchluſſes wurden durch Erkenntniß vom 25. Januar 1856, Nr. $1741^{54}/_{55}$ auf einen Fall angewendet, wo das Appellationsgericht auf Abweiſung einer Berufung erkannt hatte, „weil dieſelbe eine Ausführung der Beſchwerden des Appellanten nicht erkennen laſſe und das ganz unverſtändliche Petitum mit dem Inhalte der Beſchwerdeſchrift in keinem Zuſammenhang ſtehe.“ Der oberſte Gerichtshof theilte dieſe Anſicht nicht und erkannte daher, daß die Berufung nicht abzuweiſen ſei. Da aber dem Appellationsgerichte nicht zugemuthet werden konnte, einen zur Schöpfung eines materiellen Urtheils geeigneten Sinn in der Schrift zu finden, ſo wurde ſofort auf die Berufung ſelbſt erkannt und das Erkenntniß der erſten Inſtanz beſtätigt. M.

Berichtigung. Im Erg. Bl. Nr. 5 iſt in Zeile 10 der Inhaltsüberſicht ſt. „Erhöhung“ zu leſen „Erlöſchung.“

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 19. Juli 1856. 21. Jahrgang. № 15.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die den Hausbesitzern und Bürgern der Stadt Nürnberg zustehenden Forstrechte in dem s. g. Reichswalde. — Die Nothwendigkeit des Präsenzmachens am 1. Ediktstage. — Vertragsmäßiges Näherrecht. Rückkaufsrecht. — Errungenschafts-Gemeinschaft des Mainzer Landrechts wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgesetzt. — Konventionalstrafen in Heirathsverträgen. — Verjährungsbesitz durch Pächter.

Ueber die den Hausbesitzern und Bürgern der Stadt Nürnberg zustehenden Forstrechte in dem s. g. Reichswalde.

Ueber diese Forstrechte, welche darin bestehen, daß der größte Theil der Nürnberger Hausbesitzer und ein kleiner Theil von Nichthausbesitzern, s. g. Personalberechtigten befugt ist, gegen Zahlung des Hauer- und Fuhrlohnes, dann einer geringen Rekognition unter dem Titel Aufsichtsgebühr (auch Pfandgeld) eine bestimmte Quantität Schnitt-, Stock- und Wellenholzes aus dem ehemaligen Reichswalde zu beziehen, wurden in einem Erkenntnisse des Kreis- und Stadtgerichtes Nürnberg, bestätiget in II. Instanz am 24. Oktober 1854 (P. $791^{53}/_{54}$), folgende leitende Grundsätze aufgestellt;

1) Diese Forstrechte, auch Waldholzrechte genannt, gründen sich nicht in dem Eigenthume oder Miteigenthume der Berechtigten an dem belasteten Walde. Dieser wurde vielmehr schon im eilften und zwölften Jahrhunderte zum königlichen und Reichs-

forste gemacht, gelangte im vierzehnten Jahrhunderte durch kaiserliche Uebergabe an die Reichsstadt Nürnberg, d. h. an die dortige reichsstädtische Obrigkeit (nicht an die Stadtgemeinde im engeren Sinne), und endlich im Jahre 1806 mit der Stadt und dem reichsstädtischen Gebiete von Nürnberg an die Krone Bayern, ohne daß hiebei den Waldholz-Bezugsberechtigten das Eigenthum an einzelnen Theilen des Reichswaldes, oder das Miteigenthum an der gesammten Waldung vorbehalten worden wäre [1]).

2) Die Berechtigung zum Holzbezuge aus dem Reichsforste haftet aktiv zum allergrößten Theile nicht an der Person des Berechtigten, sondern auf bestimmten Häusern [2]). Zwar sollte nach einem Mandate des reichsstädtischen Rathes der Stadt Nürnberg vom 2. April 1798 nicht der Besitz eines Hauses, sondern das Bürgerrecht für die Berechtigung zum Holzbezuge maasgebend und bedingend sein; allein es konnte und wollte auch hiedurch an den bereits bestehenden Rechtsverhältnissen, namentlich jenen der realberechtigten Hausbesitzer nichts geändert werden. Es erhielten vielmehr hiedurch nur die Befugnisse derjenigen Bürger, welche ohne Rücksicht auf Hausbesitz eingeforstet waren, eine festere rechtliche Begründung. Doch war dieselbe mehrfachen Kontestationen von Seite des K. Aerars ausgesetzt, und eine nach vielseitigen Verhandlungen unter den Betheiligten getroffene „im Jahre 1838 durch allerhöchste Ministerial-Entschließung genehmigte und bekannt gemachte Uebereinkunft regelte die Rechtsverhältnisse dahin, daß nur die auf Hausbesitz gegründeten Forst-Rechte als Realrechte in ihrem

---

[1]) Meyer, der Stand der rechtlichen Verhältnisse der deutschen Reichsforste Abth. I §. 96. Abth. II §. 21, 55, §. 26, 52, 58, 66, 75, 83.

[2]) Meyer l. c. §. 58.

vollen rechtlichen Bestande anerkannt, und durch Anweisung bestimmter Holzquantitäten auf die einzelnen Häuser fixirt wurden, den ohne Hausbesitz eingeforsteten Nürnberger Bürgern dagegen der Holzbezug zwar auf die Dauer ihres Lebens oder ihres Bürgerrechtes belassen werden, dann aber dem k. Aerare anheim fallen sollte".

3) Demgemäß haben nunmehr die in der Stadt Nürnberg bestehenden Forstrechte, und resp. mit dem Hausbesitze verbundenen Waldholzbezüge die Eigenschaft von dinglichen Rechten. Sie haften aktiv auf einem Hause, passiv auf dem ehemaligen Reichswalde. Die Quantität des Bezuges, früher nicht ganz bestimmt, und jedesmal nach dem Bedarfe des herrschenden Grundstückes bemessen, ist nunmehr jedoch mit Rücksicht auf diesen Bedarf fixirt, während sie früher nur durch die forstordnungsmäßige Bewirthschaftung und die Bedingungen der Erhaltung des Bestandes begränzt und beschränkt war. Derjenige Theil des über einen bedeutenden Flächenraum sich erstreckenden Reichswaldes, aus welchem das Holz in jedem Jahre zu beziehen ist, wird jedesmal durch den der festgesetzten Betriebsweise entsprechenden Turnus bestimmt; es besteht für das herrschende Grundstück kein Recht, die Anweisung in einem näher gelegenen Theile zu verlangen, selbst wenn es ohne Nachtheil des Waldbestandes geschehen könnte. Wird das berechtigte Haus nicht bewohnt, geht der Rauch in demselben nicht auf, so ruht observanzgemäß auch das Forstrecht, und lebt erst bei dessen Wiederbewohnung (Bemaierung) wieder auf [3])!

4) Diese dinglichen Waldholzrechte fallen unter den Begriff der Realservituten. Es findet sich zwar

---

[3]) Meyer a. a. O. §. 58.

in dem aus den Quellen des römischen Rechtes gezogenen Verzeichnisse dieser letzteren keine ihnen entsprechende Kategorie, allein jenes Verzeichniß ist nicht ausschließend, und es kann aus jeder Art des Nutzens, welchen ein Grundstück dem anderen zu gewähren vermag, eine eigene Servitut gebildet werden [4]), und wenn auch dem Beholzungsrechte (servitus lignandi) das eine oder das andere der Erfordernisse abgeht, welchen eine Servitut nach römischrechtlichen Prinzipien entsprechen soll, z. B. vicinitas der beiden Grundstücke, — obgleich auch diese nur dann nothwendig war, wenn die Natur und der Zweck der Servitut es mit sich brachte, — so ist doch jenes Recht in der Eigenschaft einer Waldservitut von den Lehrern des deutschen Privatrechtes anerkannt, und als eine Berechtigung zum Holzbezuge aus einer fremden Waldung bezeichnet, die sich nach dem Bedürfnisse gewisser Güter oder Haushaltungen richtet, oder auf eine bestimmte Quantität gesetzt ist, in Bezug auf ihre Eigenschaften und Folgen aber, in Ermanglung partikulärer Bestimmungen, Gesetze und Observanzen nach den Vorschriften des römischen Rechtes beurtheilt und bemessen werden muß [5]). In der That treffen auch bei dem also bestimmten Beholzungsrechte alle, jedenfalls die wesentlichen und entscheidenden Merkmale der Servituten ein, wie sich aus vorstehender Entwicklung ergibt, wobei nur noch zu bemerken ist, daß dasselbe den Eigenthümer der dienenden Sache niemals

---

[4]) Seuffert's prakt. PR. Aufl. 3 §. 163.

[5]) Eichhorn Einleitung in das d. PR. §. 176, 181. Selchow elem. jur. germ. §. 419 (540.) Runde d. PR. III. Aufl. §. 141, 273, 274. Mittermaier Grundsätze des gem. d. PR. VII. Aufl. §. 171 Phillipps d. PR. Th. I §. 97. Meyer a. a. O. §. 58.

zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet, indem das Fällen und Ausführen des Holzes lediglich für den Berechtigten und auf dessen Kosten geschieht, und nur aus forstpolizeilichen Rücksichten durch die betreffende Forst-Behörde, welcher aus gleichen Gründen auch die Ausstellung der Anweisung obliegt, besorgt und resp. veranlaßt wird.

5) Hieraus folgt endlich, daß das Waldholzrecht zu dem Hause, auf welchem es haftet, im Verhältnisse einer solchen Pertinenz steht, daß es ohne dasselbe nicht veräußert, verpachtet, auch nicht auf ein anderes übertragen, auch bei Veräußerung eines Hauses von dem Verkäufer nicht ganz oder theilweise vor und zurückbehalten werden kann [6]), daß überhaupt die Grundsätze von der Untheilbarkeit der Servituten in ihrer ganzen Ausdehnung und Strenge hier zur Anwendung kommen.

6) Da alle Realservituten und alle im römischen Rechte nicht erwähnten ähnlichen Berechtigungen, daher auch das deutschrechtliche Beholzungsrecht auch blos zum Vortheile bestimmter Personen bestellt werden können [7]), so sind die Rechtsverhältnisse der Nürnberger Bürger, welche ohne Hausbesitz oder ohne Rücksicht auf einen solchen lediglich in dieser Eigenschaft eingeforstet sind (der s. g. Personalberechtigten), lediglich nach den über Personalservituten im Allgemeinen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, wonach ihre Befugnisse dermaßen an die Personen der Berechtigten geknüpft sind, daß sie von denselben weder vererbt, noch bei Lebzeiten

---

[6]) fr. 11 §. 3 de pign. (20, 1); fr. 44 loc. (19, 1); fr. 23 §. 2 de serv. praed. rust. (8, 3) fr. 12 communia. praed. (8, 4) fr. 47 de contr. emt. (18, 1) Mitttermaier a. a. O. §. 173.

[7]) fr. 33 de usufructu (7. 1); fr. 4 de serv. pr. rust. (8, 3.)

ganz oder theilweise auf andere übertragen werden können, und alsbald erlöschen, wenn die Berechtigung durch eine bestimmte Eigenschaft der Person z. B. das Bürgerrecht bedingt war, und dieses hinweggefallen ist [8]).

7) Der Umstand, daß die Ausübung des Beholzungsrechtes durch Entrichtung einer Rekognition bedingt ist, steht der Auffassung desselben als einer Realservitut nicht entgegen. Denn, wie bereits erwähnt, wird die zu entrichtende Abgabe zunächst nur als Vergütung für das Fällen, Zurichten und die Beaufsichtigung des abzugebenden Holzes, zum Theile auch als Aequivalent für die den Real- und Personal-Berechtigten obgelegenen Gegenleistungen gereicht, dann steht der im ganzen unwandelbare durch den wechselnden Werth oder Preis des Holzes nicht bedingte Betrag desselben in keinem Verhältnisse zum Holzbezuge, wenigstens in keinem solchen, daß man ihm die Eigenschaft eines Kaufschillinges beilegen, das ganze Geschäft deßhalb als einen Kauf ansehen könnte. Die fragliche Gegenleistung (Pfandgeld) scheint vielmehr neben der Erfüllung der oben angedeuteten Zwecke auch die Bestimmung eines Kanons zu haben, wie er bei der Emphyteuse des römischen Rechtes vorkommt. Da übrigens vor Zahlung des Pfandgeldes und Vorlage des Ausweises hierüber die Anweisung zur Holzabfuhr nicht ertheilt wird, und da dasselbe immerhin die Eigenschaft einer Gegenleistung an sich trägt, nach fr. 11 §. 2, fr. 13 §. 8 de act. emt. vend. (19, 1) nicht im Rechtswege erzwungen werden kann, da ferner das gefällte und zugerichtete Holz nicht länger als bis zum Ablaufe der Abfuhrzeit im Walde liegen bleiben darf, so folgt, daß derjenige welcher

---

[8]) fr. 6 de serv. legata (33, 3).

das Pfandgeld nicht, oder nicht rechtzeitig zahlt, des Holzbezuges, wenigstens für das betreffende Jahr, verlustig wird.

8) Bezüglich des Erwerbs und Verlustes des Forstrechtes kommen die allgemeinen Grundsätze über Erwerbung und Verlust der Servituten in Anwendung, und insoferne zur Entstehung durch Ersitzung justus titulus nicht erforderlich ist, kann eine Personalberechtigung auch von solchen durch Verjährung erworben werden, denen das Bürgerrecht der Stadt nicht zusteht.

Umständlichere Erörterungen hierüber finden sich in der öfter allegirten Monographie von Meyer.

****
****.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Nothwendigkeit des Präsenzmachens am I. Ediktstage.

Ueber die sehr bestrittene [1]) Frage:

„ob nach bayerischem Prozeßrechte die Gegenwart des Gläubigers am ersten Ediktstage bei Strafe der Präklusion geboten, oder ob es auch zulässig sei, eine schriftliche Anmeldung der Forderung zu dem Ediktstage einzusenden?“

enthält ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 12. Januar 1856 Nr. $355^{55}/_{56}$ folgende Erörterungen.

Die Gerichtsordnung verbindet, Kap. XIX §. 5 Nr. 1, die Androhung der Präklusion nur mit dem

---

[1]) S. Seuffert Kom. zur Ger.-Ord. Bd. IV S. 362.

Gebote der Meldung der Forderungen am ersten Ediktstage.

Unter Nr. 2 desselben §. werden sodann umständliche Anordnungen über die Art gegeben, wie bei der Aufnahme der Forderungen verfahren werden soll: die Gläubiger sollen sich mit ihrer Nothdurft in möglichster Kürze ad protocollum vernehmen lassen, weitläufigere Erörterungen sollen in schriftlichen Rezessen übergeben und dem Protokolle beigelegt werden, in welchem sich darauf mit wenigen Worten zu beziehen ist. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß das Gesetz hierbei von der persönlichen Anwesenheit der handelnden Personen ausgeht, wie denn auch die Anmerkung zu der angeführten Stelle, lit. b, als Form der Verhandlung das Diktiren zu Protokoll bezeichnet. Es ist aber nicht ausgesprochen, daß das auf die unterlassene Meldung gesetzte Präjudiz sich auch auf diese — die Form betreffenden Vorschriften erstrecke, daß namentlich die Präklusion auch dann eintreten soll, wenn eine Forderung am ersten Ediktstage schriftlich angemeldet wird, ohne daß der Gläubiger oder dessen Anwalt persönlich erscheint. Der Zweck des Gesetzes ist, daß sogleich beim Beginne des Gantverfahrens die sämmtlichen, in demselben geltend zu machenden Forderungen bestimmt, und in übersichtlicher Form aufgestellt werden, und dieser Zweck wird durch die schriftlichen Einsendungen und die Eintragung der Forderung in das Protokoll durch den Kommissär vollkommen erreicht. Allerdings bietet die Anwesenheit sämmtlicher Gläubiger den Vortheil dar, daß es unter günstigen Umständen einem tifrigen und gewandten Kommissär nicht selten gelingt, sogleich an diesem ersten Ediktstage eine gütliche Uebereinkunft zwischen den Betheiligten zu Stande zu bringen; weder der Text des Gesetzes, noch die Anmerkungen, enthalten aber irgend eine Andeutung dafür, daß dieser Gesichtspunkt für den Gesetzgeber

maßgebend gewesen sei. Die angeführte Anmerkung bezeichnet vielmehr nur die Abkürzung als das Motiv, warum der bayerische Konkursprozeß den in anderen deutschen Ländern befolgten gemeinen Reichsstyl, (namentlich in Betreff der Bildung besonderer Akten über die einzelnen Forderungen) verläßt.

Die absolute Ausschließung jener Methode der Einsendung würde dagegen in vielen Fällen zu einer Härte führen, welche man der vaterländischen Gesetzgebung nicht unterstellen darf. An vielen Landgerichtssitzen befinden sich keine Anwälte, an anderen ist wenigstens ihre Zahl zur Vertretung der in widersprechenden Richtungen auftretenden Betheiligten bei weitem nicht hinreichend; der entfernt wohnende Gläubiger wäre daher gezwungen, zur Einhaltung der Präsenz an den Ediktstagen Reisen zu unternehmen, oder einen auswärtigen Anwalt zu senden, und sich dadurch einem großen Kostenaufwande zu unterziehen, welcher häufig mit dem Betrage der Forderung in gar keinem Verhältnisse stehen würde.

Wenn man hienach zu der Annahme geführt ist, daß die Gerichtsordnung die schriftliche Meldung der Forderungen am ersten Ediktstage nicht ausschließe, so läßt sich auch in den späteren Verordnungen und Gesetzen eine Abänderung in diesem Betreffe nicht auffinden.

1) Die neuverbesserte Advokaten-Ordnung von 1769 — Mayr Gen. Samml. von 1771 S. 36 — verfügt, daß die Advokaten, welche bei den drei Ganttägen Parteien zu vertreten haben, jederzeit um 9 Uhr Vormittags, bei Strafe von 2 Reichsthalern, persönlich erscheinen sollen.

Es bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, daß hier nur eine Disziplinarvorschrift für die Anwälte ertheilt werden wollte, keineswegs aber eine in das Prozeßrecht eingreifende Bestimmung.

2) Eben so wenig kann diese Absicht in der

Verordnung vom 23. Oktober 1801 — Mayr neue Gen. Samml. Bd. II S. 24 — gefunden werden. Sie schärft die genaue Beobachtung der Gerichtsordnung, cap. XIX, §. 4 Nr. 2 und 3, ein.

Darnach sollen die Advokaten und Parteien den ersten Tag eines jeden Ediktstages sub poena praeclusi erscheinen, wo dann sofort ein Präsenzprotokoll zur Bestimmung der Ordnung, in welcher jeder seine Rechtsnothdurft anzubringen hat, formirt werden soll.

Für die Versäumung dieser Ordnung wird die Erholung der in der Advokaten-Ordnung bestimmten Strafe von 2 Reichsthalern anbefohlen.

Es ist unmöglich, in dieser Fassung der Verordnung die Absicht einer legislativen Neuerung zu erblicken.

3) Die Verordnung vom 5. Juli 1811, die Vertretung des Finanzvermögens bei Konkursprozessen betreffend, — Reggsbl. v. 1811, S. 909—, überweist in der Regel die Eindingung und Liquidation der fiskalischen Forderungen den Rentämtern, welchen zu diesem Behufe die Liquidationsrezesse von den Kreisfiskalen zugefertigt werden sollen. Daß der Rentbeamte den Rezeß zu dem Gantgerichte persönlich zu überbringen habe, ist nicht gesagt.

Dagegen

4) ist durch die Verordnung vom 7. Nov. 1811, — Reggsblatt S. 1676, — die Rechtssachen der Stiftungen betreffend, — angeordnet, daß den Stiftungsfikalen das Liquidationsprotokoll sammt den dazu gehörigen Belegen und Akten mitgetheilt werden soll, damit sie hieraus den Exzeptionsrezeß verfassen und an das Gericht übersenden können.

Hierin ist klar

die Eingangs bezeichnete Form des Verfahrens, (welche die Ger. Ordng. cap. XIX §. 5 Nr. 2

gleichmäßig für den ersten und zweiten Ediktstag vorschreibt), in dem oben aufgestellten, weitern Sinne aufgefaßt.

5) In das Prozeßgesetz vom 22. Juli 1819 wurde (§. 34) die Bestimmung aufgenommen, daß die Gläubiger an den Ediktstagen, um mit dem Diktiren nicht aufgehalten zu werden, ihre Vorträge in schriftlichen Rezessen übergeben können und die Advokaten werden, besonders wenn sie nicht am Orte des Konkursgerichts wohnen, zur Ersparung der Kosten angewiesen, die Liquidation in solchen schriftlichen Rezessen zu machen, auf welche sich im Protokolle bezogen werden soll. Nach dem Zeugnisse von

Gönners Kommentar zum Gesetze vom 22. Juli 1819 S. 444,

wurde dabei von der Voraussetzung ausgegangen, daß die persönliche Anwesenheit der Gläubiger oder ihrer Bevollmächtigten an den Ediktstagen durch die Gerichtsordnung geboten sei; auch wurde einem Vorschlage des Abgeordneten von Hofstetten, daß neben der Uebergabe der Rezesse die Einsendung derselben freigestellt werden möge, — Verhandlungen der 2. Kammer, Bd. XI S. 360, 392, — keine Folge gegeben. Weder aus dem Texte des Gesetzes, noch aus den landständischen Verhandlungen über dasselbe ist aber die Absicht ersichtlich, in Bezug auf diese Frage eine legislative Bestimmung zu treffen.

Jene Ansicht kann daher immerhin nur eine doktrinäre Autorität ansprechen, und muß dem richtigeren Verständnisse der Gerichtsordnung weichen.

6) Aehnlich verhält es sich mit dem hieher bezüglichen Vorgange auf dem Landtage von 1837. Die Abgeordneten Sand und Hornthal hatten zu dem vorgelegten Entwurfe des Prozeßgesetzes die Einrückung einer Bestimmung vorgeschlagen, wornach die Liquidation im Konkurse durch Einsendung schrift-

licher Rezesse geschehen könne, welche das Gericht in das fortlaufende Liquidationsprotokoll einzutragen hätte.

Protokolle der Kammer der Abgeordneten Bd. X S. 473.

Auch hier gingen sowohl die Vertheidiger dieses Vorschlages, — S. 474 — als auch die Gegner desselben, — S. 476, 479, — größtentheils wieder von derselben Auffassung des Sinnes der Gerichtsordnung aus, wie auf dem Landtage von 1819.

Auch der Ministerialkommissär v. Stürzer erklärte sich für diese Ansicht, obschon er die Frage als kontrovers anerkannte. S. 493. — Die Kammer stimmte dem Antrage im Sinne einer Abänderung des bestehenden Rechtes bei. S. 496. — Eine positive gesetzliche Bestimmung ist aber aus dieser Verhandlung nicht hervorgegangen, da der Vorschlag, ungeachtet der wiederholten Zustimmung der Kammer der Abgeordneten, — B. XX S. 337, — an der beharrlichen Ablehnung der Kammer der Reichsräthe scheiterte.

7) Auch die Bestimmung des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 §. 118 Abs. 3, daß die Gläubiger ungeachtet der dem Gantgerichte zur Pflicht gemachten Vorlegung eines vollständigen Auszuges aus dem Hypothekenbuche am ersten Ediktstage — verbunden bleiben, nach den Vorschriften der Gerichtsordnung an den Ediktstagen zu erscheinen, ist für die vorwürfige Frage nicht maßgebend. Das Gesetz verweist hier lediglich auf das durch die Gerichtsordnung vorgeschriebene Verfahren und war weit entfernt, in dieser Beziehung etwas Neues verfügen zu wollen.

Die Eingangs entwickelte Auffassung ist nun auch mehreren Entscheidungen des obersten Gerichtshofes zu Grunde gelegt worden:

Erkenntniß vom 23. September 1816, — in

Sachen des Kronfiskalats für den Illerkreis, als Vertreter der milden Stiftungen, Registratur-Nr. 462 von 1816.

Erkenntniß vom 11. März 1817, — in Sachen desſelben gegen die Mathias Müller'ſche Gantmaße Reg. Nr. 629 von 1816.

Erkenntniß vom 10. Juli 1824 in Sachen Adelsdorfer gegen die Schmitt'ſche Gantmaſſe Reg.Nr. 713, $18^{23}/_{24}$.

Erkenntniß v. 22. Mai 1829 in der Schönbrunn'ſchen Konkursſache Reg.Nr. 793, $18^{26}/_{27}$.

Das k. Appellationsgericht ... hat auf die Autorität von Spies Erläuterungen des Geſetzes vom 17. Nov. 1837 (Aufl. 2) §. 145 S. 96, — angenommen, daß in der — zuletzterwähnten Sache von dem Gerichtshofe im entgegengeſetzten Sinne erkannt worden ſei. Dieſes iſt aber nicht der Fall; vielmehr iſt in dieſem Erkenntniſſe entwickelt: „daß durch den §. 34 der Novelle von 1819 nur das ſchriftliche Rezeſſiren, zur Erſparung der Koſten, allgemeiner zu machen geſucht worden ſei, daß das Eintragen der Forderungen, ihrer Eigenſchaft und ihrem Betrage nach, ſowie das Vormerken der Rezeſſe im Liquidationsprotokolle, zur Funktion des Gantgerichtes gehöre, daß aus der Unterlaſſung derſelben die Präkluſion der Forderung nicht erwachſen könne, weil dieſer Nachtheil auf die angeführte Unterlaſſung nirgends geſetzlich ausgeſprochen, ſowie es nirgends verboten ſei, die ſchriftlichen Rezeſſe mittels Schreibens oder auf andere Weiſe an das Gantgericht gelangen zu laſſen ꝛc.“

M.

2.

Vertragsmäßiges Näherrecht. Rückkaufsrecht.

Bayer. Recht.

Bei einem Liegenschaftsverkaufe (1853) der Wittwe H. an F. war, nach Behauptung der nunmehr klagenden Tochter der ersteren, vom Käufer F. zugesichert worden, der Wittwe H. oder einem ihrer Kinder jederzeit die erkauften Realitäten wieder ablassen zu wollen, wenn ihm der dafür ausgelegte Kaufpreis erlegt werde. Als F. den Kaufgegenstand später an X weiter veräußert hatte, klagte gegen diesen eine Tochter der H., zunächst aus dem Standpunkte vertragsmäßigen Näherrechts. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

„Aus der der Klage unterstellten Behauptung folgt nicht, daß der H. und ihren Kindern ein Retraktrecht eingeräumt worden sei. Hätte F. solch' ein Versprechen gegeben, so würde in dessen Annahme nur ein Wiederkaufsvertrag zu erkennen sein.

Bayer. LR. v. 1756 Th. IV Kap. 5 §. 18 Nr. 3, Kap. 4 §. 15.

Selbst wenn ein Zweifel über den Sinn des Versprechens bliebe, so würde doch die in ihrer dinglichen Wirkung anomale Einräumung eines Einstandsrechts durch Vertrag nicht zu vermuthen sein, da zweifelhafte Nebenberedungen eines Kaufvertrags zum Nachtheile des Verkäufers ausgelegt werden ein — mithin, sofern die Waage zwischen einem Wiederlosungs- (Wiederkaufs-) recht und einem bedungenen Einstandsrecht schwankt, das erstere, als nicht wie das letztere die Proprietät des Käufers beschränkend, angenommen werden muß. Fr. 39 de pactis (2, 14)."

Aus dem Standpunkte des Wiederkaufsrechts wurde eventuell von der Klägerin geltend gemacht, daß die Klage aus dem pactum retrovenditionis

zufolge LR. IV, 4 §. 15 Nr. 12 dann auch gegen den dritten Besitzer gehe, wenn er vor dem Erwerbe der Sache Kenntniß von jenem Vertrage hatte. Der oberste Gerichtshof adoptirte aber die von Kreittmayr in der Anmerk. 15 zum angef. §en a. E. geäußerte Ansicht, daß ein Klaganspruch aus dem Wiederkaufsvertrag gegen den dritten Gutserwerber überhaupt nur in den drei ebd. Anmerk. 12 bezeichneten, hier nicht gegebenen Ausnahmsfällen [1]) stattfinde [2]).

OAGE. v. 22. Januar 1856. Nr. $383^{55}/_{56}$.

3.

Errungenschafts-Gemeinschaft, des Mainzer Landrechts, wird nach dem Tode eines Ehegatten mit den Ehekindern nicht fortgesetzt.

Eine Erörterung der hierüber bestehenden Kontroverse findet sich in Bd. XVII S. 118 f. unserer Zeitschrift. In einem vorgekommenen Falle hatte sich das Gericht II Instanz für die daselbst S. 118—20 vorgetragene, die Fortsetzung mit den Ehekindern bejahende Ansicht entschieden, und in

---

[1]) Heutzutage unpraktisch ist der Ausnahmsfall des Vorbehalts einer Spezial- (vgl. §. 19 des Hyp. Ges.) oder Generalhypothek. (Wird das Interesse des Rückkaufs in einen bestimmten Geldanschlag gebracht, so läßt sich die Bestellung einer Spezialhypothek zur Sicherheit dieser Interesseforderung allerdings denken. S.).

[2]) Auch der Eintrag des Rückkaufsrechts unter den Dispositionsbeschränkungen im Hypothekenbuche verschafft der Wiederkaufsklage nicht die Richtung gegen den dritten Besitzer, sondern bedingt nur Hypothekbestellungen durch Zustimmung des Berechtigten. Die Wirksamkeit der Hypothekenbuchs-Einträge bezieht sich nur auf Handlungen, welche mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehen. §. 25 des Hyp. Ges. S.

Folge dessen den Ehekindern aufgelegt, mit einem Drittheile ihres Muttergutes für Schulden, die von ihrem Vater nach dem Tode der Mutter kontrahirt waren, zu haften. Der oberste Gerichtshof adoptirte hingegen die a. a. O. S. 120–3 entwickelte verneinende Ansicht, und entband demzufolge die Kinder des Gemeinschuldners von der bezeichneten Haftung.

OAGE. v. 27. Juni 1855. Nr. $502^{54}/_{55}$.

4.

Konventionalstrafen in Heirathsverträgen.

In Heirathsverträgen eine Konventionalstrafe für den Fall des Rücktritts eines Theils auszubedingen, ist nach gemeinem deutschen Privatrechte allerdings zulässig und wirksam [1]).

OAGE. v. 9. Nov. 1855. Nr. $1742^{54}/_{55}$.

5.

Verjährungsbesitz durch Pächter.

Preuß. LR. I, 7 §§. 1, 5, 45, 66 ff., 112, 113, 125, 137 vgl. mit Tit. 5 §. 75 und Tit. 13 §. 122, Tit. 21 §. 98.

Handlungen der Pächter von Grundstücken, welche sich auf Erhaltung oder Fortsetzung des Besitzes von Rechten der verpachteten Grundstücke beziehen, kommen bei der erwerbenden Verjährung dem Eigenthümer zu Statten, ohne daß es dazu eines besonderen Auftrags, oder einer Anweisung desselben bedarf.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 7. März 1854. Entscheid. des OT. Bd. 27 S. 310.

---

[1]) Bezugnahme auf Mittermaier d. Priv. R. §. 376; Glück Pand. Bd. XXIII S. 89; Seuffert prakt. Pand.R. §. 446 Note 7.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 2. August 1856. 21. Jahrgang. № 16.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von Testamentsexekutoren. Nudum praeceptum. — Geltung der churpfalzbayerischen Bergordnung von 1784 in den vormals würzburgischen Gebietstheilen. — Verlautbarung der Parzellenverkäufe bei schwebender Untersuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung. — Einspruch des Miethers gegen beabsichtigten Hausverkauf. — Hagelversicherungsverein als juristische Person. — An Hrn. Professor Dr. Edel zu Würzburg. — Berichtigung. —

Von Testamentsexekutoren. Nudum praeceptum [1]).

In letzten Willen kommen nicht selten Verfügungen vor, insbesondere Auflagen an einen Erben oder einen Legatar, bei deren Erfüllung Niemand ein Interesse hat, als eben dieser Honorirte, so daß es sich dabei nicht von einer Obligation unter zwei gegenüberstehenden Personen, sondern etwa nur von Aufrechthaltung der Auktorität des Testirers handelt [2]). Fehlt es nun auch an einer bestimmten Angabe des Grundes der Verfügung, ist der vom Testirer durch diese erstrebte Zweck unbekannt, weiß man nicht, wem der Vollzug zu Gute kom-

[1]) Zum Theile Auszug aus der Begutachtung eines Rechtsfalls in Heuser, Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen. Jahrgang III S. 208 f.

[2]) Fr. 7 de annuis legatis (33, 1): „In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt.“

men soll, so erscheint die Verfügung als nudum praeceptum, dessen Verwirklichung nach mehreren Pandektenstellen im Ermessen des Honorirten steht. So insbesondere, wenn der Testirer die Veräußerung gewisser Sachen untersagt hat, ohne daß man Kunde von der Bedeutung dieses Verbotes, von seiner Richtung auf den Vortheil einer bestimmten Person hat [3]); oder wenn Geld zum Ankauf von Grundstücken vermacht ist, ohne Andeutung eines besonderen Interesse an dieser Verwendung [4]); aber auch bei Anordnung der Errichtung eines Monumentes für den Erblasser; oder „cum quis jussit in municipio imagines poni; nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua, actio eo nomine nemini competit [5])."

Die Juristen, welche die Natur des nudum praeceptum in solcher Weise ausprägten, standen auf der Grundlage des Satzes: wo keine obligatio, da keine actio. Dieser Satz hinderte es aber nicht, für die Verwirklichung der Anordnung des Erblassers mit andern Mitteln zu sorgen. Wenn der unter der Auflage eines Thuns Honorirte die Berichtigung des Legates verlangte, sollte der Vermächtnißträger zur Vorenthaltung bis zur Kautionsleistung wegen Erfüllung der Auflage befugt sein [6]); so insbesondere bei einem Geldvermächtniß zum Ankauf von Grundstücken, wenn anzunehmen war, daß der Testirer mit dieser Anordnung eine besondere Fürsorge für den Honorirten bethätigen wollte [7]). Auch das Verbot, gewisse Sachen zu veräußern,

---

[3]) Vgl. fr. 114 §. 14 de legatis I (30); fr. 38 §. 4 fr. 93 de legat. III (32).
[4]) Fr. 71 pr. de cond. et demonstr. (35, 1).
[5]) Fr. 7 de annuis legatis.
[6]) Fr. 19 de legatis III.
[7]) Fr. 71 pr. de cond. et demonstr.

sollte bei dem Vorliegen eines solchen Motives aufrecht erhalten werden [8]). Handelte es sich von Errichtung eines Monumentes, so wurde die nach dem strengen Rechte mangelnde Klagbefugniß durch Einschreitung in öffentlichem Interesse ersetzt: principali vel pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis [9]). In Verfolgung dieser Auffassung gelangte man überhaupt zu der Ansicht, daß es im öffentlichen Interesse liege, überall, wo in der letztwilligen Bestimmung nicht bloß ein Wunsch oder Rath, sondern ein Akt der Autorität zu erkennen war, zur Aufrechthaltung dieser Autorität nach obrigkeitlichem Ermessen einzuschreiten. „Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci [10])."

In der erwähnten, schon im älteren Rechte den pontifices eingeräumten Machtvollkommenheit, den Vollzug der auf die religio, die Dii Manes Bezug habenden letztwilligen Anordnungen zu betreiben, lag für das spätere christliche römische Recht der Anknüpfungspunkt für den allen letztwilligen Bestimmungen, welche auf das Seelenheil des Testirers sich bezogen und in der pietas desselben begründet waren, zu gewährenden außerordentlichen Rechtsschutz, wobei der Diöcesanbischof als derjenige bezeichnet wurde, welcher zunächst über die gehörige Ausführung derartiger frommer testamentarischer Anordnungen zu wachen

---

[8]) Fr. 114 §. 14 de legatis I.
[9]) Fr. 50 §. 1 in f. de hered. petit. (5, 3).
[10]) Fr. 7 de annuis legatis (33, 1).

hatte [11]). Bisweilen wurde die Sorge für die Vollziehung des letzten Willens dem Bischof vom sterbenden Testator noch besonders ans Herz gelegt [12]). Aber erst aus dem römischen Rechte nach Justinian ist zu entnehmen, daß die Testatoren nicht selten einem Vertrauensmann die Ueberwachung und Vollziehung aller letztwilliger Verfügungen übertrugen [13]).

In den germanischen Ländern machte besonders ein Umstand es nothwendig, für einen besonderen Vollstrecker der letztwilligen Verfügungen, für einen s. g. Testaments-Exekutor zu sorgen. Wenn nämlich das römische Institut des Testamentes auch frühe Aufnahme gefunden hatte, so doch nicht zugleich auch die römische Ansicht von einem Testamentserben und einer heredis institutio, die sich erst später, wenn auch nicht durchgreifend, Bahn gebrochen hat [14]), wie sie denn in England bis auf den heutigen Tag nicht zur Anerkennung gekommen ist. Indem es nun darauf ankam, für die Vollziehung der (einer Erbeinsetzung ermangelnden) letzten Willen eine mit der erforderlichen Machtvollkommenheit bekleidete Person zu finden, lehnte man sich in Deutschland zunächst an zwei bestehende Institute des ältern deutschen Rechtes an, nämlich an die Uebertragung der Gewere zur getreuen Hand, Treuhänder, manufidelis, und an die Vogtei oder Vormundschaft [15]). Kraft der vogteilichen Gewalt hatten

---

[11]) C. 28 pr., c. 46 de episcop. (1, 3).
[12]) C. 46 cit.
[13]) Novell. Leonis 68.
[14]) Bluntschli deutsches Pr. R. II §. 200 S. 496.
[15]) Beseler von den Testamentsvollziehern — in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. IV S. 141 f. — Vgl. Kreittmayr z. Bayer. LR. Th. III Kap. 2 §. 15 Nr. 1: Jene, welche die Incumbenz zum

die Exekutoren die Aufgabe, die ihnen anvertrauten letztwilligen Verfügungen in jeder Weise zu schützen und zur Ausführung zu bringen, den Verstorbenen aktiv und passiv zu vertreten, und besonders alle im Testamente angeordnete Zuwendungen und Anordnungen auszurichten, wobei ihrem Ermessen meistens große Freiheit gelassen war [16]). Auch wo sich das Institut der Testamentsexekutoren mehr an das ältere Recht der Salmannen und Treuhänder anschloß, wurden dieselben formell als Repräsentanten der Testatoren, denen daher die Vollstreckung der letztwilligen Verfügungen zukam, aufgefaßt [17]). Als nun aber mit der vollständigen Reception des römischen Rechts der römische Erbenbegriff wie überhaupt, so auch insbesondere hinsichtlich der Testamentserben Aufnahme fand und das Repräsentationsverhältniß zunächst auf diese überging, dauerte doch das einmal begründete Institut der Testamentsexekutoren fort, und zwar unter Beibehaltung des älteren Grundsatzes von der Repräsentation der Person des Erblassers durch den Testamentsexekutor [18]).

Das leitende Princip dieses Institutes, wie es noch heutzutage besteht, findet sich daher im älteren deutschen Rechte und in der schon in diesem begrün-

---

Vollzug letzter Willen haben, nennt man auf deutsch Geschäftiger, Ausrichter, Treusträger oder Treuhänder, auf Latein manufideles; die executores piarum causarum (nannte man sonst) auch Salmänner oder Seelwärtl.

16) Beseler a. a. O. S. 152, 153.

17) Beseler a. a. O. S. 154, 155.

18) Vgl. Beseler a. a. O. S. 156 f. mit Carpzov decis. II. 159 nr. 13. — Ueber die Repräsentation in Bezug auf Forderungen und Schulden vgl. Seuffert prakt. PandR. §. 553; Bluntschli a. a. O. §. 201. Bayer. LR. Th. III Kap. 2 §. 18 Nr. 5 und die Noten hiezu (Nr. 3.)

deten und auch im ſpäteren Rechte fortwährend anerkannten Befugniß des Teſtamentsexekutors, den Teſtirer in formeller Hinſicht zu vertreten und für die allſeitige Vollziehung ſeines letzten Willens, gemäß der in dieſem ihm gewordenen Vollmacht, Sorge zu tragen [19]). Wenn nun nach deutſchem Rechte der Teſtirer im Teſtamentsexekutor in der Art gleichſam noch fortlebt, daß dieſer ihn in formeller Hinſicht repräſentirt und die Vollziehung ſeiner letztwilligen Verfügungen erwirkt, ſo rechtfertigt ſich die Annahme, daß dieſe Vertretungs- und Vollſtreckungsbefugniß ſich auch auf die Kategorie derjenigen Verfügungen erſtrecke, deren Verwirklichung der Honorirte aus dem römiſchrechtlichen Geſichtspunkte des nudum praeceptum beanſtanden könnte. Nach dieſer Anſicht iſt von dem OAG. zu Caſſel am 5. Mai 1855 erkannt worden [20]).

Geltung der churpfalzbayeriſchen Bergordnung von 1784 in den vormals würzburgiſchen Gebietstheilen.

Vom k. Advokaten Dr. Stein.

Ueber die Geltung der bayeriſchen Bergordnung von 1784 im vormals fürſtbiſchöflich und großherzoglich würzburgiſchen Gebiete ſind verſchiedene Ausſprüche von den Gerichten erfolgt, und da dieſe Frage in der neueren Zeit immer größere praktiſche Bedeutung gewinnt, nachdem an mehreren Punkten des gedachten Gebietes verſchiedene Mineralien erſchürft worden ſind und insbeſondere der Abbau der

---

[19]) Beſeler a. a. O. S. 165 f.; Bluntſchli a. a. O.
[20]) Heuſer a. a. O. S. 219.

Braunkohle in den Rhönbezirken eine ziemliche Ausdehnung erlangt hat, so wird die Feststellung dieses Punktes desto nothwendiger.

Nach der in Folge des Lüneviller Friedens vom 9. Februar 1801 und der Konvention vom 3. Juni 1802 erfolgten ersten churpfalzbayerischen Besitzergreifung der Fürstbisthümer Würzburg und Bamberg mit Patent vom 22. November 1802 wurde ein „Regierungsblatt für die Churbayerischen Fürstenthümer in Franken" zur Publikation landesherrlicher Verordnungen gegründet. Beide Fürstenthümer sammt den enklavirten vormals selbstständigen Gebieten wurden anfänglich unter einer gemeinsamen Centralstelle vereinigt mit dem Titel: „Churfürstliches Generalkommissariat in Franken." Jenes Blatt war nach einem Ausschreiben des Generalkommissariates vom 12. Februar 1803 das Organ, in welchem alle ergehenden landesherrlichen Verordnungen durch deren Abdruck für die sämmtlichen fränkischen Entschädigungslande publizirt sein sollten, und eine in demselben Blatte speziell an die Beamten in dem Fürstenthume Würzburg gerichtete Weisung der unter dem Generalkommissariat stehenden Churfürstlichen Regierung zu Würzburg vom 8. März 1803 nimmt in ihrem Eingange darauf Bezug, daß „sämmtliche churfürstliche Verordnungen" durch ihren Abdruck in dieſem Blatte in specie auch für Würzburg publizirt gelten. Durch höchstes Reskript vom 23. April 1803 und Ausschreiben vom 9. Mai 1803 wurde eine neue Organisation dahin getroffen, daß zwei der Landescentralstelle zu München unmittelbar unterstehende Landesdirektionen zu Bamberg und Würzburg gebildet wurden. Gleichwohl aber blieben die fränkischen Lande nach wie vor in einer besonderen engeren Verbindung, indem das „Generalkommissariat in Franken" nur in ein „außerordentliches" umgewandelt wurde, auch eine gemeinsame oberste

Justizstelle bestand, welche ihre gemeinsame Bestellung für beide fränkische Direktionsbezirke durch den Beisatz: „in Franken" bekundete, laut deren Ausschreiben vom 16. Dezember 1803, wie ein gemeinsames „protestantisches Oberschulkommissariat in Franken." Auch war es die den Aemtern beider Direktionsbezirke vorgeschriebene Fertigungsformel: „Churpfalzbayerisches Amt in Franken." Rggsbl. von 1803 S. 192. Dies Alles ist wichtig, weil daraus hervorgeht, daß, wenn eine landesherrliche Verordnung den Ausdruck „in Franken" schlechthin gebraucht, darin die offizielle Ausdrucksweise für den Gesammtbegriff beider Direktionsbezirke gesehen werden muß.

Für die Publikation landesherrlicher Verordnungen trat aber nun ein eigenthümliches Verhältniß ein, indem gleichwohl nicht ein gesondertes Regierungsblatt für jeden Direktionsbezirk formirt, auch nicht ein mit den älteren Staaten gemeinsames eingeführt wurde, sondern das „Regierungsblatt für die churpfalzbayerischen Fürstenthümer in Franken" noch zwei Jahre lang fortbestand. Bei dem Mangel einer ordentlichen administrativen Centralstelle für ganz Franken war nur einer von drei Wegen möglich, indem entweder eine für beide Direktionsbezirke bestimmte landesherrliche Verordnung, die jeder Direktion zugekommen war, zweimal, von jeder Direktion besonders, eingerückt, oder in von beiden Direktionen unterfertigter Bekanntmachung abgedruckt werden oder endlich man den Grundsatz annehmen mußte, daß eine landesherrliche Verordnung, die ihrem Inhalte nach beide Direktionsbezirke angieng, wenn sie in dem Regierungsblatte einmal abgedruckt war, gleichviel von welcher Direktion, für jeden Direktionsbezirk als publizirt galt. Die beiden ersten Wege sind nicht eingeschlagen worden, der dritte aber war den Bestimmungen des Reskriptes vom 12. Februar 1803 völlig angemessen; denn, da der

Umstand, daß die landesherrliche Verordnung in diesem Blatte, das in jedem fränkischen Amte dieses oder jenes Direktionsbezirkes gelesen werden mußte, gedruckt stand, nach Ausschreiben vom 12. Februar und 8. März 1803 ihre Publizität begründen sollte, so mußte, ohne daß ihre Geltung davon abhängen konnte, ob diese oder jene Landesdirektion die Prävention in der Einrückung der nach ihrem Inhalte ganz Bayern oder ganz Franken angehenden landesherrlichen Verordnung hatte, es an deren einmaligem Abdrucke im gemeinsamen Regierungsblatte genug sein. Beispiele liefert fast jedes Stück des Regierungsblattes, z. B. Jahrgang 1804, Stück 2, Ausschreiben vom 23. Dezember 1803, 30. Dezember 1803 und so bis in die letzten Nummern, z. B. Jahrgang 1805, Stück 14, Ausschreiben vom 14. Dezember 1805, 18. Dezember 1805. Keine einzige für beide Direktionsbezirke verbindliche Verordnung findet sich, wenn sie von einer Direktion einmal in diesem Blatte ausgeschrieben war, auch von der anderen darin bekannt gemacht.

Eine „höchste Entschließung Sr. Churfürstl. Durchlaucht vom 25. Mai 1804" wurde nun unter der Ueberschrift: „Die freie Bergwerks-Erklärung und Bergordnung in Franken betr." im Jahrg. 1804, S. 154, in folgender Weise ausgeschrieben: „In Gemäßheit der höchsten Entschließung Seiner Churfürstlichen Durchlaucht vom 25. Mai l. Js. ist der Bergbau, so wie in den älteren Churstaaten nunmehr auch in Franken für frei erklärt, mit dieser Freierklärung selbst aber die churbayerische Bergordnung von 1784 auch als verbindliches Gesetz für die fränkische Provinz einstweilen und bis diesfalls andere Bestimmung erfolgen wird, sanktionirt worden." Es wird sodann in diesem Ausschreiben die successive Einrückung der Bestimmungen der churbayerischen freien Bergwerkserklärung und der Berg-

ordnung im Reggsbl. angekündigt und damit ſogleich der Anfang gemacht durch Einrücken der erſteren, hinter welcher unmittelbar das Datum: Bamberg 8. Juni 1804, mit der Fertigung dortiger Landesdirektion folgt. Dieſe nach dem Wortlaute für „Franken" ergangene landesherrliche Entſchließung und Freierklärungsverordnung wurde von der Landesdirektion Würzburg nicht auch eingerückt, weil eben das Ausſchreiben, Jahrg. 1804 S. 154, keine einſchränkende Richtung bloß „an die Bambergiſchen Beamten" oder den Beiſatz: „im Bambergiſchen" erhalten hatte, wie ſonſt bei jedem bloß das Fürſtenthum Bamberg und reſp. Würzburg angehen ſollenden Ausſchreiben Solches in der Ueberſchrift bemerkt wird; daß aber mit dieſer Bekanntmachung vom 8. Juni 1804 die Publikation als zugleich für ganz Franken geſchehen von der Landesdirektion Würzburg erachtet wurde und nach dem vorhin Ausgeführten erachtet werden mußte, iſt nicht etwa bloße Hypotheſe, ſondern wird außer allen Zweifel geſetzt durch folgenden Umſtand.

Die durch jene Bekanntmachung in Ausſicht geſtellte ſucceſſive Veröffentlichung der umfangreichen Bergordnung von 1784 im Regierungsblatte unterblieb. Statt deſſen wurden den Aemtern Exemplare dieſer Bergordnung zugeſtellt, welche Zuſendung auch an die Aemter des Landesdirektionsbezirkes Würzburg erfolgte und mit einem lithographirten Reſkripte der Landesdirektion Würzburg begleitet wurde, welches lautet: „Die freie Bergwerkserklärung für die churbayeriſchen Staaten iſt auf ausdrücklichen Befehl Seiner Churfürſtlichen Durchlaucht mit Beziehung auf die dabei ertheilte Bergordnung auch für das Fürſtenthum Würzburg geltend gemacht, erſtere auch durch das Würzburger Regierungsblatt bereits zur allgemeinen Kenntniß gebracht worden. Weiter erhält das

churfürstliche Landgericht N.[1]) in der Anlage ein Exemplar der verbesserten Bergordnung, um sich nach dieser gesetzlichen Richtschnur in vorkommenden Fällen zu bemessen. Würzburg den 6. Februar 1805. Churfürstliche Landesdirektion. Thürheim. Adelmann." Da nun die churpfalzbayerische Freierklärungsordnung an keiner anderen Stelle des Regierungsblattes abgedruckt ist, als an der allegirten im Jahrg. 1804 S. 151, und gleichwohl die Landesdirektion Würzburg dieselbe durch diese wenn schon durch die Landesdirektion Bamberg beschäftigte Bekanntmachung als in dem für Würzburg bestehenden Publikationsorgan veröffentlicht und auch in Ansehung Würzburgs bereits damit zur allgemeinen Kenntniß gebracht oder publizirt bezeichnet, so ist klar, daß die oben aufgestellte Behauptung nicht bloße Deduktionen, sondern auch die amtliche Praxis für sich hat.

In unmittelbarem Zusammenhange damit steht auch die unterm 20. Juli 1804 (Jahrg. 1804, S. 183) erfolgte neue Organisation der bayerischen Bergdistrikte mit Einschluß Würzburgs und die konstante Anwendung der Bergordnung von 1784 Seitens der Administrativstellen auch für das würzburgische Franken; dagegen ist die Entziehung der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte in streitigen Bergsachen durch die bayerische Verordnung vom 14. September 1809 nur für das Bambergische erfolgt, da 1809 Bamberg allein noch bei Bayern verblieben, Würzburg aber vorübergehend wieder ein selbstständiger Staat war.

---

[1]) Ich entnehme dies Aktenstück einem in der Registratur des k. Landgerichtes Bischofsheim befindlichen Aktenfaszikel sub rubro die Benutzung der Moore, Braunkohlen und Steinkohlen auf dem Rhöngebirge betreffend.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verlautbarung der Parzellenverkäufe bei ſchwebender Unterſuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung.

Auf Extrajudizialbeſchwerde des A. S. zu O. hat der oberſte Gerichtshof ausgeſprochen:

Die gegen A. S. anhängige Unterſuchung wegen gewerbsmäßiger Gutszertrümmerung ſteht der Verlautbarung der Parzellenverkäufe von dem K.'ſchen Anweſen zu H. nicht im Wege.

Die Gründe enthalten, was folgt:

1) Zufolge des den Kammern vorgelegten Geſetzentwurfes Art. 1 – 4 hatte die parzellenweiſe Veräußerung landwirthſchaftlicher Gutskomplexe gewiſſen Beſchränkungen unterworfen werden ſollen, und nach Art. 3 ſollten diejenigen Dismembrationen, welche den Beſtimmungen der Art. 1 und 2 zuwiderlaufen, für nichtig erklärt werden. Dieſe ſämmtlichen Artikel wurden aber verworfen.

Verh. der K. d. Abg. v. 1852, Beil. Bd. IV S. 283, 349; ſtenogr. Ber. Bd. V S. 351.

Dagegen wurde der Art. 5, welcher nun den Art. 1 des Geſetzes vom 28. Mai 1852 ausmacht, angenommen, und dieſer Artikel bedroht die Parzellirung ſelbſt nicht mit Strafe, ſondern lediglich den im Sinne des Art. 2 gewerbsmäßigen Betrieb derſelben ſowohl, als den gewerbsmäßigen Zwiſchenhandel und das gewerbsmäßige Vorſchubleiſten bei Gutszertrümmerungen, auch wenn dieſe auf Seite der Unternehmer nicht gewerbsmäßig betrieben worden. Daraus ergibt ſich

2) daß das Geſetz nicht die Zertrümmerung, objektiv als That betrachtet, zum Gegenſtande hat. Dieſe an und für ſich macht nicht das Unerlaubte

und nicht das Strafbare aus. Es sind lediglich subjektive Bedingungen auf Seite der bei der Zertrümmerung sich Betheiligenden, durch welche die Strafbarkeit der Person bedingt wird. Nur der Gewerbsbetrieb ist das Vergehen [1]). Wie es also auch immer allgemeinen Rechtsbegriffen widerstreiten mag, daß ein Handeln reprobirt und selbst bei Strafe verboten, das Ergebniß der Handlung aber dennoch als etwas Rechtsbeständiges zu achten ist, so hat das Gesetz v. 28. Mai 1852, wie es aus den Beschlüssen der Kammern hervorging, nun einmal diese Eigenthümlichkeit, und der Richter ist an dasselbe, so wie es besteht, gebunden. Das Geschäft selbst bleibt also der Beurtheilung nach den Civilgesetzen unterstellt, wenn auch der dabei Handelnde dem Gesetz vom 28. Mai 1852 verfällt.

3) Einer ausdrücklichen Bestimmung über die Nichtigkeit des Geschäfts hätte es auch deswegen um so nothwendiger bedurft, weil der Fall gedenkbar ist, daß eine Zertrümmerung von Mehreren in Gesellschaft unternommen wird, von welchen Einer wegen des Gewerbsbetriebs strafbar ist, der Andere aber nicht, oder daß der Unternehmer nicht, wohl aber der Zwischenhändler Strafe verwirkt. Ohne gesetzliche Bestimmung wäre in solchen Fällen der Einfluß der Strafbarkeit auf den Rechtsbestand des Geschäfts gar nicht zu bemessen.

OAGE. v. 11. April 1855. Nr. $849^{54}/_{55}$.

2.

Einspruch des Miethers gegen beabsichtigten Hausverkauf.

Auf Antrag des Miethers wurde dem Vermiether bei Strafe der Nichtigkeit der Verkauf des Hauses insofern verboten, als derselbe ohne Uebertragung

---

[1]) Vgl. indessen oben S. 129 f. und 145 f. Red.

des miethskontraktlichen Verhältnisses auf den Käufer, eventuell ohne zuvorige Abfindung des Miethers geschehen sollte. Gründe:

Wenn der intendirte Verkauf zur Ausführung kommt, so läuft Kläger Gefahr, die von ihm bis 25. Oktober 1853 gemiethete Wohnung durch den neuen Erwerber des Hauses zu verlieren und lediglich auf Verfolgung seines Interesse wider den Beklagten beschränkt zu werden. Er hat aber ein kontraktliches Recht auf den miethweisen Besitz der Wohnung selber, darf sich hierin gegen seinen Vermiether schützen, und ist daher wohl befugt, zur Konservation seines Rechts gerichtliche Inhibition solcher drohenden Handlungen des Vermiethers, wodurch dasselbe gebrochen würde, zu erwirken. Die Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers ändert hieran nichts; denn es besteht daneben seine kontraktliche Verpflichtung, welche er bei Ausübung der ersteren zu berücksichtigen hat. Dies geschieht, wenn er dafür sorgt, ut apud emtorem quoque eadem pactione inquilino habitare liceat. Fr. 25 §. 1 loc. conduct. (19, 2).

Erk. des OAG. zu Rostock v. 15. April 1850. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu R. Bd. I S. 54 f.

3.

Hagelversicherungsverein als juristische Person.

Ein in Oberbayern gegründeter Hagelversicherungsverein hatte im J. 1833 die allerhöchste Genehmigung erhalten. Ein im J. 1834 eingetretener großer Hagelschaden war Anlaß zu einer Statutenänderung durch die Plenarversammlung vom 6. Okt. d. J. geworden. Eine Anzahl von Mitgliedern im Landgerichte Wasserburg weigerte sich, die nach diesem neueren Beschlusse ausgeschriebenen

Beiträge zu entrichten, und wurde in erster und zweiter Instanz von der vom Direktorium gegen sie erhobenen Klage entbunden, weil es sich hier von den Rechtsverhältnissen einer Societät handle, deren lex contractus nur durch Zustimmung aller Mitglieder abgeändert werden könne. Dagegen heißt es in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Hagelversicherungsgesellschaft kann nicht nach den Grundsätzen von der Societät, wie das römische Recht dieselben aufstellt, beurtheilt werden, vielmehr ist solche als ein Verein, eine Gemeinheit (universitas) zu betrachten, worauf die bei Vereinen geltenden Grundsätze ihre Anwendung finden. Sie erlischt nicht mit dem Tode einiger Mitglieder, noch durch deren Austritt, und ihre Beschlüsse und Statuten werden in der Art, wie bei Kommunitäten, gefaßt, und durch die Vorstände vollzogen. Demnach sind auch die Beklagten an die von der Mehrheit beliebten Maßregeln gebunden. Wenn also im J. 1834 von der Generalversammlung ein Beschluß gefaßt worden ist, so bindet derselbe auch die Beklagten, sofern dieselben nicht aus erheblichen Gründen dessen verbindliche Kraft anfechten können. Solche liegen aber nicht vor. — Der Beschluß vom J. 1834 und die damals stattgefundene Abänderung der Statuten unterlag der königlichen Sanktion, und in so fern streitet für dessen regelmäßige Abfassung eine qualifizirte rechtliche Präsumtion, welche nicht durch ein unmotivirtes Ableugnen entkräftet werden kann . . . . . .

OAGE. v. 5. Juni 1845. Nr. $769^{40}/_{41}$.

An Hrn. Professor Dr. Edel zu Würzburg.

In dem Vortrage des Hrn. Abgeordneten Prof. Dr. Edel für den I. Ausschuß der Kammer der Abgeordneten über den Entwurf eines Gesetzes: „Einige Aenderungen der Gerichtsverfassung in den Landestheilen diesseits des Rheines" betr. — findet sich (S. 7) folgende Stelle:

„Man hört häufig, mitunter im Tone des Vorwurfs die Bemerkung, daß in Folge der strengen Interpretationen des Kassationshofes die Praxis der Strafgerichte strenger geworden ist als früher. Die Strenge ist Folge des Schutzes, den die Autorität des Gesetzes gegen willkürliche Interpretationen der Gerichte, gegen die bei diesen oft vorherrschende Neigung zur Milde durch die zusammenwirkenden Funktionen der Oberstaatsanwaltschaft und des Kassationshofes genießt. Beide sind Wächter für die Integrität des Gesetzes."

Die Bemerkung, deren Ungrund Hr. Prof. E. behauptet, wurde auf dem Gebiete der Presse zuerst von dem Herausgeber dieser Zeitschrift in Nr. 1. des heurigen Jahrgangs geäußert. Zum Belege sind die Motive zweier oberstrichterlicher Entscheidungen einer Prüfung unterzogen und die gegen die bethätigte Strenge obwaltenden Bedenken dargelegt. Eine später (in Nr. 8 u. 9) mitgetheilte Erörterung aus der Feder eines Mitarbeiters lieferte einen weiteren Beleg für obige Bemerkung. [1]). Ohne Zweifel liegt dem dieser Bemerkung entgegentretenden Ausspruche des sehr verehrlichen Hrn. Abgeordneten eine gründliche Erwägung der von uns entwickelten Bedenken und die festbegründete Ueberzeugung von deren Unerheblichkeit zu Grunde. Im Interesse der Gerechtigkeit und Wissenschaft ersuchen wir Hrn. Prof. Edel, diese Grundlage seines Ausspruchs dem juristischen Publikum nicht vorzuenthalten; die Spalten unserer Zeitschrift stehen ihm für diesen Zweck zur Verfügung. Red. der Bl. f. RA.

[1]) Vgl. noch Nr. 12 und Erg. Bl. Nr. 5 des heurigen Jahrgangs, welche aber zur Zeit der Abfassung des bezeichneten Vortrags noch nicht erschienen waren.

Berichtigung: Im Komment. ü. d. GO. Aufl. II Bd. I S. 142—3 a. E der Note 7 beizufügen: Siehe dagegen ebd. Bd. XVI S. 307 f; vgl. auch Bd. XXI S. 257 f.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 16. August 1856. 21. Jahrgang. № 17.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr., in Beziehung auf die Ehescheidungsklage. **Mandatum de revertendo.** — Verbrechen, welche ein Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. **Non bis in idem.** — Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts. **Exceptio doli**, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses bereits auf telegraphischem Wege eine einflußreiche Nachricht gehabt, als unerheblich verworfen. — Verkauf eines Geschäftes sammt der bisherigen Kundschaft. Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma. — Handelsfrauen. — Legitimation zur Anstellung eines Arrestgesuches. — Der Vater als Kläger für den Sohn. Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbieten in der höhern Instanz.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXIV

Gerichtszuständigkeit für Anträge, die Leistung der ehelichen Pflicht betr., in Beziehung auf die Ehescheidungsklage. **Mandatum de revertendo.**

Die Ehescheidungsklage einer Ehefrau, wegen hartnäckiger Verweigerung der ehelichen Pflicht erhoben, wurde von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen, „weil nicht behauptet war, daß Erinnerungen und richterliche Zwangsmittel gegen den widersprechenden Theil angerufen resp. fruchtlos versucht worden seien.“ Die Klägerin beantragte nun bei dem Ehegerichte die Erlassung eines Befehles an ihren Ehemann, zur Leistung der ehelichen Pflicht zurückzukehren. Das Ehegericht verwieß sie mit diesem Antrage an das ordentliche Gericht des Imploraten. Als sich nun auch Letzteres für unzuständig erklärte, gelangte die Entscheidung des Konfliktes

zur Kognition des obersten Gerichtshofes. Der ordentliche Richter wurde für zuständig erkannt.

Gründe:

Zur Zuständigkeit des Ehegerichts gehören diejenigen Klagsachen, welche den Rechtsbestand oder die Trennung einer bestehenden Ehe betreffen.

Vdng. 22. Juli 1806 Regsbl. S. 285.
„ 28. — 1818 Gesetzbl. S. 474.
„ 12. Dez. 1822 Regbl. S. 1313.

Dagegen gehören Streitigkeiten zwischen Eheleuten, worin es sich nicht um die Gültigkeit oder Trennung der Ehe handelt, an das ordentliche Civilgericht, vor welchem die betreffenden Eheleute ihren persönlichen Gerichtsstand haben.

Nov. v. 17. Nov. 1837 §. 1 Nr. 2.

Da es sich dermal lediglich davon handelt, daß der Implorat W. zur Erfüllung der angeblich verweigerten ehelichen Pflicht gegen seine Ehefrau richterlich ermahnt und befehligt werde, so gehört die vorliegende Sache nach dem angeführten Kompetenzverhältnisse unzweifelhaft an das k. LG. K. als den ordentlichen persönlichen Gerichtsstand des Imploraten.

Das LG. K. hat zwar zur Ablehnung seiner Kompetenz geltend gemacht, daß das beantragte Mandat für die in Aussicht stehende Ehescheidungsklage präparatorisch sei, und vermöge dieser Eigenschaft gemäß der GO. Kap. I §. 10 zum Ehegerichte, an welches die Hauptklage gehöre, ressortire. Allein dagegen kommt zur Erwägung, daß unter präparatorischen Sachen diejenigen verstanden werden, welche das Verfahren in der Hauptsache erleichtern oder nothwendig vorbereiten, somit als Beförderungsmittel erscheinen [1]). Das Recht des Ehegatten aber, zu verlangen, daß sein Ehegenosse die eheliche Pflicht

[1]) Bezugnahme auf Linde Lehrb. §. 56 und Seuffert Komment. ü. d. GO. Bd. I (Aufl. II) S. 97.

leiste, ist ein selbstständiges, und die auf diesem Rechte fußende Klage eine für sich bestehende, ohne daß sie in einem nothwendigen Zusammenhange mit der Verfolgung weiteren Rechtes stünde, wie daraus erhellt, daß, wenn der Implorat dem Mandate de revertendo [2]) Folge leistet, eine Hauptklage auf Ehescheidung wegen hartnäckig verweigerter ehelicher Pflicht wegfällt. Nach den Grundsätzen des protestantischen Eherechts ist vielmehr nur eine hartnäckige und grundlose Verweigerung der ehelichen Pflicht ein Ehescheidungsgrund, und da eben das mandatum de revertendo als solch' ein Zwangsmittel sich darstellt, so ist auch vor dessen Erlaß und bevor zur Gewißheit gebracht ist, daß es fruchtlos geblieben, der besagte Ehescheidungsgrund und die darauf zu bauende Klage nicht gegeben [3]), daher denn von dem vorbereitenden d. h. fördernden oder nützlichen Einfluß der eine Wiederherstellung des ehelichen Lebens bezweckenden richterlichen Prozedur auf den rechtlich noch nicht möglichen Ehescheidungsprozeß nicht die Rede sein kann [4]).

OAGE. v. 14. Juni 1856. Nr. $673^{55}/_{56}$.

Nachschrift des Herausgebers. Es sei vergönnt, vorstehende Mittheilung mit einigen Bemerkungen zu begleiten.

---

[2]) Gemeinhin und dem Wortsinne gemäß wird dieser Ausdruck nur auf den Fall der eigentlichen desertio bezogen.

[3]) Es erben sich Gesetz und Rechte wie eine ewige Krankheit fort. Unsittlich, eine Entweihung des ehelichen Verhältnisses, und daher schlechthin verwerflich ist die richterliche Zumuthung an den vernachlässigten Gatten, gegen den andern auf Leistung der ehelichen Pflicht klagbar zu werden, und sich seiner Zeit die Beiwohnung ex re judicata (wobei jedoch Exekutionsmaßregeln nicht üblich) gefallen zu lassen. S.

[4]) Bezugnahme auf Strippelmann Ehescheidungsrecht S. 149.

*

1) Die zurückgewiesene Ehescheidungsklage war auf Grund der Behauptung hartnäckiger Weigerung der ehelichen Pflicht erhoben worden. Indem nun die Klägerin nach Anleitung des ergangenen Bescheides die Erlassung eines auf Rückkehr zur Leistung der ehelichen Pflicht gerichteten Mandates beantragte, bezweckte sie nicht Wiederherstellung und Aufrechthaltung des ehelichen Lebens, vielmehr nichts anderes als Konstatirung der Hartnäckigkeit ihres Ehemannes in Weigerung der ehelichen Pflicht, also gerade Vorbereitung und Beförderung der zu erneuernden Ehescheidungsklage.

2) Der Satz, Gerichte eximirter Sachen seien für konnexe Sachen anderer Art nicht zuständig, paßt zwar auf das Verhältniß der Ehescheidung zur Vermögenstheilung, nicht aber auf die Beziehung der zur Konstatirung einer Ehescheidungsursache gestellten Imploration zur Ehescheidungsklage selbst.

3) Der Umstand, daß der Ehescheidungsprozeß vor Durchführung des Verfahrens in Betreff der Weigerung ehelicher Pflicht vorausgesetztermaßen nicht möglich ist, hindert nicht, das letztere als präparatorische Sache bezüglich der zu erneuernden Ehescheidungsklage aufzufassen. In manchen Fällen der actio ad exhibendum soll die Vorzeigung dazu dienen, dem Kläger Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die Sache diejenige sei, in Ansehung welcher ihm ein rechtlicher Anspruch zusteht. Auch hier kann die Hauptklage nicht erhoben werden, bevor die Vorzeigung erzielt wurde. Gleichwohl ist hier die Eigenschaft der actio ad exhibendum als präparatorische Klage unbestritten.

4) Der §. 1 Nr. 2 des Prozeßgesetzes v. 17. Nov. 1837 spricht nur von Fällen, in welchen es sich nicht von Trennung der Ehe handelt. Hier aber ist Konstatirung einer Ehescheidungsursache, also die Erwirkung der Ehetrennung Zweck des An-

trages auf Erlassung des Befehls zur Leistung der ehelichen Pflicht.

5) Gegen die Ausführungen von Dr. Feust in unserer Zeitschrift Bd. VII S. 87 und Bd. IX S. 296 hat Frieß in Bd. XVI S. 307 f. zu zeigen gesucht, daß nach preußischem Rechte[5]) das mandatum de revertendo bei dem ordentlichen Richter (nicht bei dem Ehegerichte) zu suchen sei. Gegen die von Letzterem entwickelten Gründe läßt sich aber einwenden, daß im Landrechte nur vom Richter (ohne Berührung des Gegensatzes von ordentlichem und Eherichter) die Rede ist, daß die allegirten Stellen der preußischen GO. nur von Verfügungen des ordentlichen Richters aus Anlaß des von ihm anzustellenden Sühneversuchs sprechen, und daß in §. 53 und flg. desselben Tit. 40 Th. I der pr. GO. bezüglich der bei Gelegenheit der Ehescheidungsgesuche vorkommenden Differenzen wegen des Aufenthaltes der Parteien die Zuständigkeit des Ehegerichts ausdrückliche Anerkennung gefunden hat.

Verbrechen, welche ein Bayer im Auslande begangen, von dem zuständigen auswärtigen Gerichte bestraft. Non bis in idem.

Der Art. III des Patents über die Verkündigung des allgemeinen Strafgesetzbuchs vom 16. Mai 1813 bestimmt, daß alle Unterthanen den Verordnungen des Gesetzbuchs unterworfen sind und darnach gerichtet werden sollen, sowohl wegen derjenigen Uebertretungen, welche sie im Vaterlande begehen, als auch wegen derjenigen, deren sie sich im Auslande

---

[5]) Welches in obigem Falle nicht anzuwenden war.

schuldig gemacht haben. Damit ist aber keineswegs ausgesprochen, daß die Anwendung des vaterländischen Strafgesetzbuchs auch in dem Falle eintreten solle, wenn ein Bayer, wegen einer im Auslande verübten That schon von den dortigen zuständigen Gerichten zur Untersuchung gezogen und abgeurtheilt, insbesondere wenn die nach den dortigen Gesetzen über ihn verhängte Strafe bereits vollzogen worden ist. Daß vielmehr hier der Grundsatz „non bis in idem" zur Anwendung komme, entspricht nicht nur dem gesunden Rechtsgefühle und der richtigen Doktrin [1]), sondern auch den einschlagenden Bestimmungen unserer Strafgesetzgebung. Inwiefern bei Unschuldserkenntnissen, Lossprechungen und Entlassungen von der Instanz Wiederaufnahme der Untersuchung stattfinde, war in Art. 387, 388, 389 und 395 Th. II des StGB. bestimmt, ohne Unterscheidung, ob das Erkenntniß von einem bayerischen oder einem zuständigen Gerichtshofe des Auslandes (wegen einer dort verübten That) erlassen wurde. Eben so allgemein verordnet Art. 137 Th. I des Strafgesetzbuchs:

„Niemand darf wegen desselben Verbrechens mehrmals bestraft werden."

Eine Ausnahme soll stattfinden in „den im II. Theile Art. 399 vorgesehenen Fällen." Allerdings hatte der Gesetzgeber bei Abfassung des Art. 399 das eigenthümliche bayerische Strafsystem vor Augen, und an Fälle der Verurtheilung nach auswärtigen Gesetzen nicht gedacht. Daraus mochten sich, wenn ein Ausnahms-Fall dieser Art vorkam, Schwierigkeiten der Beurtheilung ergeben. Aber ohne Grund wird hieraus die Folgerung gezogen, der Gesetzgeber habe auch die Regel nur in Bezug auf Verurthei-

[1]) Vgl. Köstlin System des deutschen Strafrechts §. 23, insbesondere S. 36 f.

lungen durch bayerische Gerichte aufzustellen beabsichtigt. Er hat diese Regel, dem natürlichen Rechtsgefühle folgend, allgemein gedacht und ausgesprochen, und nur bei Formulirung der Ausnahme ist ihm das bei Verweisungen auf andere Artikel so häufig vorkommende Mißgeschick begegnet, daß damit eine erschöpfende Bestimmung nicht gewonnen und der Knoten mancher Schwierigkeiten geschürzt wurde. Zur Lösung der fraglichen Schwierigkeiten hätte man mit Hülfe der Wissenschaft jedesmal gelangen können; aber durch die Aufhebung des Art. 399 (StPG. v. 10. Nov. 1848 Art. 368) ist nunmehr das Interesse einer Erörterung dieses Betreffs weggefallen.

Indem man die im Art. 137 Th. I aufgestellte Regel auf Verurtheilungen durch bayerische Gerichte beschränken will, zeiht man den Gesetzgeber einer argen Inkonsequenz. Bei Lossprechungen und Entlassungen von der Instanz fehlte es an jedem Anhaltspunkte, den Art. 388 und 395 Th. II die Anwendung auf solche Fälle zu versagen, in welchen das Erkenntniß von einem zuständigen auswärtigen Gerichte gefällt war. Wie ließe es sich vernünftig erklären, daß der Gesetzgeber gerade bei verurtheilenden Erkenntnissen die Beschränkung auf Erkenntnisse bayerischer Gerichte gewollt habe?!

Die hier ausgesprochene Ansicht wurde auch von den bayerischen Gerichtshöfen mehrfach in Anwendung gebracht [2]).

Nach den Grundsätzen, welche die Autorität der Praxis für sich hatten, würde es insbesondere nicht angehen, den im Auslande wegen dort begangenen Verbrechens nach den dortigen milderen Gesetzen bestraften Inländer in Bayern nochmals einem Strafverfahren zu unterziehen, um die Differenz

---

[2]) Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 331, Bd. XI S. 236 flg.

zwischen der im Auslande erlittenen und der vom bayerischen Gesetze angedrohten Strafe über ihn zu verhängen. Aber leider kommt es vor, daß auch richtige Ansichten in spätern Zeiten ihrem Gegentheile den Platz räumen müssen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts. Exceptio doli, weil Kläger zur Zeit des Handelsabschlusses bereits auf telegraphischem Wege eine einflußreiche Nachricht gehabt, als unerheblich erworfen.

Gegen die (1854 eingereichte) Klage auf Erfüllung eines Lieferungsgeschäftes (zehn Stück Leipzig-Dresdner Eisenbahnaktien zum Preise von 174½ betr.) wurde unter anderem eingewendet: Beklagter sei vom Kläger bei dem Handel getäuscht worden, indem der letztere bereits zur Zeit des Handelsabschlusses auf telegraphischem Wege die Nachricht gehabt, daß die Regierung die Leipzig-Dresdner Eisenbahn übernähme, während Beklagter diese für das Steigen der Aktien der gedachten Eisenbahn einflußreiche Nachricht erst später erhalten habe. Diese Einrede wurde für unerheblich erachtet.

Gründe des Urtheils I. Instanz: „Bei Beurtheilung des Kaufkontrakts, auf dessen Erfüllung die vorliegende Klage gerichtet ist, kann dem Beklagten, insoweit er durch sein exzeptivisches Vorbringen dem Kläger, bezüglich des eingegangenen Geschäfts, eine dolose Absicht beigemessen wissen will, nicht beigepflichtet werden. So wenig man im Allgemeinen die Geltendmachung der exceptio doli bei contractibus bonae fidei, wie hier, dem Mitkontrahenten

absprechen mag, so wenig hat man der Ansicht beitreten können, daß ein dolus dans causam, welchen die Rechtslehrer zur Rescission des Kaufkontrakts erfordern, bei dem in Frage befangenen Geschäft nachgewiesen sei. Ein dolus, von dem

Hänel, über das Wesen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 12. S. 409),

handelt, liegt hier nicht vor, wo es sich um ein Börsengeschäft handelt, deren täglich unzählige abgeschlossen werden, und wobei die Kontrahenten allezeit Gewinn im Auge haben. Ist doch durch den, allen Privaten gestatteten, Gebrauch der elektro-magnetischen Telegraphen im Allgemeinen den Börsengeschäften mehr als je Thor und Thür geöffnet und den Spekulanten Gelegenheit gegeben, sich durch diese neuen Hülfsmittel Gewinn zu verschaffen, ohne daß die Gesetze in der Benutzung dieser Vortheile eine strafbare Handlung erkannt haben. — Wenn Jemand auf Grund einer ihm zugegangenen telegraphischen Privatdepesche heute an der Börse ein Geschäft zu einem bei weitem niedrigern Cours abschließt, als der morgende Tag bringt, wird man darin einen dolus erkennen und die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts mit Erfolg darum anfechten können, weil der Käufer sich auf telegraphischem Wege eine Nachricht zu verschaffen gewußt, die auf das Steigen des Courses einen wesentlichen Einfluß geübt habe? — Hierzu kommt, daß bei dem hier in Frage befangenen Geschäft, selbst wenn Beklagtens ausgesprochene Vermuthung begründet wäre, nicht einmal eine Thatsache vorlag, worauf des Klägers Spekulation basirt war, sondern nur ein Vorhaben der Königl. Sächs. Staatsregierung, dessen Realisirung von unendlich vielen Wechselfällen abhängig war und ist, und das an Bedingungen geknüpft wurde, deren Erfüllung Sei-

tens der Berechtigten höchst problematisch bleibt. Unfehlbar würde es zu viel beweisen und eine große Verwirrung in die Börsengeschäfte aller Art bringen, wollte man den vom Beklagten diesfalls aufgestellten Behauptungen Rechnung tragen.

Ebensowenig erscheint die vom Beklagten .... beanspruchte Restitution ex clausula Praetoris generali statthaft; denn die Rechtsregel: nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet, läßt sich nimmermehr auf Börsengeschäfte anwenden; eine Durchführung dieses Satzes müßte, consequenter Weise, die Rescission jeden Geschäfts zur Folge haben, wodurch einer der Paciszenten einen Gewinn erzielt hat.

Gründe des Urtheils II. Instanz: Nach dem eigenen Anführen des Beklagten hat Kläger bei Abschluß des fraglichen Geschäfts irgend einer Vorspiegelung, irgend eines falschen Vorgebens, wodurch Beklagter in einen auf den Abschluß des Vertrags bezüglichen Irrthum hätte gesetzt werden können, sich durchaus nicht bedient. Das Ganze, was von Beklagtem dem Kläger zur Last gelegt wird, besteht vielmehr im Wesentlichen blos darin, daß Kläger in der Spekulation, Beklagter werde von der Seitens der Sächsischen Staatsregierung kundgegebenen Absicht, die Leipzig-Dresdner Eisenbahn käuflich zu erwerben, noch nichts erfahren haben, und in der Erwartung, daß der Cours der Aktien durch Bekanntmachung dieses Ereignisses steigen werde, das fragliche Lieferungsgeschäft ihm angeboten und abgeschlossen habe.

Hierin aber liegt durchaus nichts Unerlaubtes und nichts, was zu einer Wiederaufhebung des zu Stande gekommenen Vertrags den Beklagten berechtigen könnte.

Gesetzt auch, Kläger hätte wissentlich einen Irrthum oder vielmehr die Unbekanntschaft des Beklag-

ten mit der vorstehend erwähnten Thatsache benutzt, so bezog sich doch dieser Irrthum durchaus nicht auf eine bestimmte Eigenschaft der zu liefernden Sache, nicht auf den Gegenstand des Vertrags oder andere dabei wesentliche Umstände, sondern betraf ein damit an sich außer aller Verbindung stehendes Ereigniß, welches nur mittelbar Einfluß auf den ohnedem fortwährenden Schwankungen unterworfenen Courswerth der verkauften Aktien äußern konnte. Ob überhaupt ein solcher Erfolg davon zu erwarten stand, und ob er für den Cours der Aktien günstig oder ungünstig sein werde, war damals noch Sache bloßer Vermuthung, bloßer Combination, und Kläger konnte keineswegs mit voller Gewißheit voraus bestimmen, ob das Eine oder das Andere eintreten werde; noch weniger lag ihm irgend eine Verpflichtung ob, den Beklagten von seinen diesfallsigen Hoffnungen und der Grundlage derselben vor dem Vertragsabschluß in Kenntniß zu setzen.

Es kann also weder von Geltendmachung einer exceptio doli mali, noch von einer Wiedereinsetzung des Beklagten in den vorigen Stand wegen Irrthums oder ex clausula generali die Rede sein. Denn es liegt kein dolus malus im rechtlichen Sinne (vergl. fr. 1. §. 2. de dolo malo [4. 3.] — fr. 43. §. 2. de contr. emt. [18. 1.] — fr. 7. §. 9. de pactis [2. 14.]) und kein Irrthum des Beklagten über einen solchen Gegenstand vor, welcher bei dem Vertragsabschlusse nothwendig in Betracht kommen mußte. Es tritt hier vielmehr der Grundsatz ein, welcher sowohl in

fr. 22. §. 3. locati cond. (19. 2),
fr. 16. §. 4. de minoribus (4. 4),

als in der Natur der Sache begründet, mit den Worten anerkannt wird: „in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“, und es fällt das Gebahren des

Klägers unter den Begriff des dolus bonus oder der solertia, welche in

fr. 1. §. 3. de dolo malo

als etwas Erlaubtes, von dem dolus malus wohl zu Unterscheidendes hingestellt wird. Ob dagegen, vom moralischen Standpunkte aus genommen, das Verhalten des Klägers gegen Beklagten, die Wahrheit der Anführungen des Letztern vorausgesetzt, zu billigen sein, oder ob dasselbe einen sittlichen Tadel verdienen würde, ob Kläger einen Gewinn auf nicht ganz lautere Weise gesucht habe, oder nicht, ist für die rechtliche Beurtheilung gleichgültig und kann daher ganz ununtersucht bleiben. Es giebt, wie in fr. 144. pr. de reg. jur. ausgesprochen wird, Vieles, was erlaubt ist und doch dem Ehrgefühle widerstreitet. Die Gesetze vermögen den Verkehr unter den Menschen nicht in solchem Maaße zu beschränken, daß dadurch Alles ausgeschlossen würde, was eine Bevortheilung des Einen durch den Andern enthielte.

Vergl. Leyser. med. ad Pand., sp. 59. m. 1. 2.

Thibaut, Syst. des Pand.-Rechts, §. 451.

Glück, Erl. der Pand., Bd. V. §. 452. S. 513.

Beklagter war daher, wie in voriger Instanz geschehen, zu Erfüllung des mit Klägern abgeschlossenen Lieferungsgeschäfts unbedingt zu verurtheilen.

Auch in dritter Instanz (OAG. Dresden) erfolgte (1856) bestätigendes Erkenntniß.

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. Jahrgang 1856 S. 129 flg.

2.

Verkauf eines Geschäfts sammt der bisherigen Kundschaft. Verzicht auf fernere Geschäftsführung unter der früheren Firma.

Zwischen den Kaufleuten Th. und P. wurde folgender Vertrag abgeschlossen:

„P. überläßt an Th. das bisher gemeinschaft„lich geführte Manufaktur-Waarengeschäft, nebst Waa„renlager, Kundschaft, eingegangenen Kommissionen „u. s. w. P. verzichtet auf seine Firma N. N., und „wird dagegen mit 1000 fl. baar entschädigt."

Diesem Vertrage wurde vermöge Erkenntnisses des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 26. September 1850 Nr. 68 die Wirkung beigelegt:

1) daß P. durch denselben zwar nicht behindert sei, ein neues Manufaktur-Waarengeschäft zu begründen, daß er sich jedoch hiebei nicht der Firma des Geschäftes bedienen dürfe, aus welchem er kraft obigen Vertrages gegen Empfangnahme einer Entschädigung resp. eines Kaufgeldes ausgeschieden sei;

2) daß er nicht befugt sei, die an die frühere von ihm abgetretene Firma eingehenden Aufträge, soferne solche vor Abschluß des Vertrages, oder nachher etwa aus Versehen an ihn gerichtet worden, auszuführen;

3) daß es ihm nicht mehr gestattet sei, die Geschäftsverbindung mit den Kunden des vorher gemeinschaftlichen Geschäftes fortzusetzen oder neue mit denselben anzuknüpfen.

Denn der Vertrag enthält wesentlich Beschränkungen in Ausübung seines Rechtes, welche sich P. zu Gunsten des Th. und für eine von diesem zugesicherte und gegebene Gegenleistung auferlegt hat, einen theilweisen Verzicht auf die ihm als Kaufmann zustehenden Befugnisse im Interesse einer bestimmten Person. Ein solcher Verzicht ist aber voll-

kommen rechtsgültig, da der Gegenstand desselben klar und zweifellos bezeichnet, der freien Disposition der Kontrahenten frei gegeben ist und wohlerworbene Rechte Dritter hiedurch nicht verletzt werden, und jeder Verzicht sich auf alle gegenwärtige sowohl als künftige Vortheile erstrecken kann [1]).

****
****.

3.

Handelsfrauen.

Zur Begründung der handelsgerichtlichen Kompetenz gegen eine Frau oder Wittwe kommt es durchaus nicht darauf an, ob deren Mann ein Kaufmann sei oder gewesen sei, sondern nur darauf, ob ihr selbst die Eigenschaft einer Handelsfrau beigelegt werden könne. Als solche ist sie aber dann zu erachten, wenn sie eine ihr eigenthümliche Handlung auf eigene Rechnung betreibt.

Mittermaier deutsches Pr. R. 5. Aufl. §. 536.
M. Pöhls Handelsrecht I S. 62.
Erk. des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 4. Juli 1843 Nr. 1048 in Sache J. w. O. Vindikation eines Waarenlagers betr.

****
****.

4.

Legitimation zur Anstellung eines Arrestgesuches.

Eine Spezial-Vollmacht ist nach gemeinem Rechte nur dann nöthig, wenn der im Allgemeinen Bevollmächtigte eine Handlung vornehmen soll, die für den Vollmachtgeber besonders nachtheilige Folgen

---

[1]) Fr. 46 in f., fr. 47 §. 1 de pactis (2, 14); Const. 29 eod. (2, 3).

haben könnte, und von welcher anzunehmen ist, daß er an sie nicht gedacht habe, oder welche zur Erreichung des bei Ausstellung der Generalvollmacht beabsichtigten Zweckes nicht gerade als nothwendig oder dienlich erachtet werden kann.

Const. 7 de transact. (2. 4); fr. 19 de jurejur (12. 2.) Bayer Vortr. 7. Aufl. S. 210 (ed VIII §. 114).

Dergleichen sind Vergleiche, Verzichte, Eideszuschiebungen u. s. w. Arrestgesuche dagegen sind Handlungen, welche nicht, wie die allegirte Const. 7 sich ausdrückt, „decisionem," sondern „causae actionem" d. h. die Verfolgung und Sicherstellung der Ansprüche des Mandanten zunächst und in vorzüglichem Maaße bezwecken, demjenigen daher, welchem die causae actio im Allgemeinen übertragen ist, ohne alles Bedenken zustehen müssen, weil, wie präjudiziell auch die Folgen solcher Gesuche sein mögen, nicht anzunehmen ist, daß der Vollmachtgeber bei Ausstellung der Generalvollmacht nicht hieran gedacht habe. Die Letztere ermächtiget vielmehr den Mandatar, die Rechte des Mandanten auf jede mögliche und zulässige Weise bei Gericht zu verfolgen.

Erk. des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 4. Juli 1843 Nr. 1048 in Sache J. w. O. Vindikation eines Waarenlagers und Arrest betr.

****
****.

5.

Der Vater als Kläger für den Sohn. Eid dem Sohne zuerkannt. Nachträgliches Erbieten in der höhern Instanz.

A. hatte wegen einer seinem unmündigen Sohne zugefügten Realinjurie gegen B. geklagt. Es kam zur Auflegung des Erfüllungseides, von dem mittlerweile mündig gewordenen Sohn zu schwören.

Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Nach Th II Tit. 20 §. 565 des allg. preuß. LR. kann der Vater, der Ehemann oder der Vormund, wenn er auch nicht selbst beleidigt worden, die den Kindern, der Ehefrau oder den Pflegbefohlenen zugefügte Injurie an ihrer Stelle gerichtlich ahnden. . . . . Kind, Ehefrau oder Pflegbefohlene, durch den Vater, Ehemann oder Vormund vertreten, erscheinen im Streite nicht als Dritte, sondern als Partei selbst, und nach der GO. Kap. XIII §. 1 Nr. 3 et in notis zu §. 2 desselben Kapitels lit. b. ist der also Vertretene zum Eide zuzulassen, wenn er eigene Wissenschaft von der zu beschwörenden Thatsache hat. . . . Nicht der Kläger Michael K. hat eigenes Wissen von der zu beschwörenden Thatsache, sondern sein Sohn Martin K., an dessen Stelle er geklagt hat. Sonach hat Martin K., welcher seit der Klagstellung das 14. Lebensjahr längst überschritten hat und eidesmündig geworden ist, den erforderlichen Partei-Eid zu schwören. Dem steht nicht entgegen, daß Martin K. sich zum Eide noch nicht erboten, vielmehr Michael K. in der Beweisantretung zum Erfüllungseide zugelassen zu werden verlangt hat. Zur Zeit der Beweisantretung war Martin K. noch nicht eidesmündig geworden, späterhin lief während der Verhandlungen erster Instanz eine ausschließende Frist nicht, innerhalb welcher eine Erklärung, daß Martin K. zu schwören haben sollte, hätte abgegeben werden müssen; das in der Berufungsschrift des Michael K. an die II. Instanz vorgetragene Verlangen, seinem Sohne den Eid aufzulegen, ist sohin im Streite noch immerhin zu einer Zeit vorgekommen, wornach es nicht ausgeschlossen, sondern zu beachten ist.

OAGE. v. 16. Feb. 1856. Nr. $1572^{53}/_{54}$.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 30. Aug. 1856. 21. Jahrgang. № 18.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Klagrechte des Mandanten aus Verträgen des Mandatars. — Verhältniß des Destinatars zu Frachtführer und Schiffer. — Klage gegen Theilhaber einer Firma. — Verkehr mit Handlungsreisenden. — Haftung des Prinzipales für Handlungen seines Commis. — Ueber die Anwendung des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 §. 70 auf Fristen- und Nachlaß-Verträge von Gemeinden. — Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen. — Vom Beweise der Nichtrealität eines Gewerbes. — Zur Lehre von dem Notherbrecht der Kinder nach fränkischem Landrecht. — Sachlegitimation über Beerbung des Gläubigers. — Wirkung der Strafgerichtsentscheidung auf den Civilprozeß. —

Aus der handelsgerichtlichen Praxis.

(Bremer Handelsblatt. 1855. Beilage zu Nr. 178.)

1) Klagerecht des Mandanten aus Verträgen des Mandatars.

Die neuerdings aufgestellte Theorie, welcher zufolge der Auftraggeber regelmäßig die von seinem Beauftragten für ihn, aber ohne ihn zu erwähnen, geschlossenen Verträge ohne vorgängige Zession (mit einer s. g. nützlichen Klage) soll geltend machen können [1]), ist abgesehen von entgegenstehenden theoretischen Bedenken [2]) jedenfalls in die Praxis der

[1]) Savigny Oblig. R. I §. 23; Seuffert prakt. Pand. R. §. 338.

[2]) Heise und Cropp jurist. Abh. II Nr. 13 §. 22; Thöl Handelsrecht §. 24 Note 7. — Den theoretischen Bedenken stehen insbesondere mehrere Pandektenstellen zur Seite. Es kommen verschiedene Aussprüche vor, indem die Juristen zum Theil streng an dem Erforderniß der Zession von Seite des

bremischen Gerichte nicht übergegangen, kann auch in solcher Allgemeinheit weder kaufmännischen Ansichten noch den Bedürfnissen des Handels entsprechen [3]).

2) Verhältniß des Destinatars zu Frachtführer und Schiffer.

Die schon im römischen Rechte erkennbare Tendenz, dem Dritten ein Klagrecht aus den zu seinen

---

Mandatars an den Mandanten festhielten (Papinian in fr. 49 §. 2 de adquir. poss. 41, 2), theils dem Mandanten ein nicht zedirtes Klagrecht nur im Nothfalle, si aliter rem suam servare non potest, einräumten (Gajus in fr. 2 de instit. act. 14, 3), theils das Zustehen einer actio utilis ohne diese Voraussetzung anerkannten (Ulpian in fr. 1 eod., fr. 13 §. 25 de act. emt. vend. 19, 1). Bei Aufstellung des oben beanstandeten Satzes sieht man in Ulpian's Ausspruch das endliche Resultat der Entwickelung, die Regel des geltenden Rechts. Diese Regel kann allerdings keine Anwendung auf Geschäfte und Verhältnisse finden, zu deren „tacitum" es gehört, daß der Auftraggeber und der dritte Kontrahent auf keine Weise in unmittelbare Berührung kommen. Vgl. Seuffert a. a. O. Note 5a.

3) Der Vorstand des Handelsgerichtes einer freien Stadt äußerte hierüber in einer Zuschrift an den Herausgeber der Bl. f. RA.: „Meine kaufmännischen Kollegen wollen von einer solchen actio utilis (aktiv wie passiv) nichts wissen. Auch nach meiner Erfahrung ist es für Jedermann höchst unangenehm, wenn Jemand als Kontrahent gegen ihn auftritt, mit dem er sein Leben lang nichts zu thun gehabt hat, und mit dem er sich wissentlich auch nie eingelassen haben würde, da er bei ihm im schwarzen Buche steht, wie die Kaufleute es nennen. Die römische Strenge sagt den Kaufleuten weit mehr zu als die deutsche Laxheit, wo immer der Mandant beim Contrahiren nicht genannt wurde."

Gunsten abgeschlossenen Verträgen einzuräumen, hat in der Praxis eine noch weitere Ausdehnung erlangt, und wenn auch nicht allgemein, doch mindestens bei Frachtkontrakten zu dem Prinzipe eines dem Destinatar gegen den Schiffer und den Fuhrmann zustehenden Klagrechts geführt. Dies Prinzip ist in den wirklichen Bedürfnissen des Handelsverkehres begründet und entspricht allein der entschiedenen rechtlichen Ansicht, sowohl des Handelsstandes als der betheiligten Frachtführer. Dasselbe hat bei schon erfolgter Ablieferung der Waare (in Bezug auf Haftung für Beschädigungen) bereits gerichtliche Anerkennung gefunden, muß aber auch allgemein vor beschaffter Ablieferung Geltung haben, wenn nicht in vielen Fällen Absender wie Destinatärs völlig rechtlos gestellt werden sollen. Uebrigens ist, so lange der Frachtführer sich nicht speziell dem Destinatär ausdrücklich oder faktisch verbindlich gemacht hat, eine anderweitige Disposition des Absenders, z. B. durch Widerruf des Ablieferungsvertrages, so wenig ausgeschlossen, wie die Benützung sonstiger Einreden aus der Person des Absenders von Seite des Frachtführers.

3) Klage gegen Theilhaber einer Firma.

Eine neuerdings (von Brinkmann, Handelsrecht I S. 61, 126, 139) aufgestellte Ansicht, als könne der einzelne Gesellschafter erst nach gerichtlicher gegen die Firma erwirkter Feststellung der Verbindlichkeit, und nach dann nicht erfolgter Erfüllung in Anspruch genommen werden, entbehrt jeden Stützpunktes im gemeinen Rechte, und findet anscheinend ihre Erklärung in der irrigen Meinung, daß das Handlungsvermögen ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrenntes Ganze bilde. Diese Meinung nähert sich sehr einer

früher [4]) vertheidigten Ansicht, als sei eine Handelsfirma eine Art moralischer Person. Die letztere Ansicht ermangelt einer rechtlichen Begründung, und ist auch bereits anderweit vollständig widerlegt [5]). — Es hat auch eine Firma als solche nicht ein von der Person der Theilhaber getrennt zu denkendes Domizil, so daß die Ansprüche an die Firma am Wohnorte der einzelnen Theilhaber geltend gemacht werden können.

In einer (in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Jahrg. III S. 101 mitgetheilten) vor dem Stadtgerichte zu Gera anhängig gewesenen Rechtssache hatte der Kläger S. ein daselbst unter der Firma M. H. bestehendes Handelshaus, dessen alleinige Inhaberin die Wittwe J. M. H's war, unter dieser Firma verklagt, ohne die genannte jetzige Inhaberin namentlich zu erwähnen. Nach gepflogenen Verhandlungen wurde die Klage durch ein von der Juristenfakultät zu Leipzig abgefaßtes Urtheil angebrachtermaßen abgewiesen. Gründe: „die Parteien müssen bestimmte Rechtssubjekte sein, und es liegt daher dem Kläger ob, das Rechtssubjekt bestimmt zu bezeichnen, gegen welches er Klage erhebt. Die Firma aber ist nur ein Name, den die Inhaber derselben sich geben, um den Geschäftsgang zu erleichtern, indem in der

---

[4]) Nämlich von Hassenpflug in Elvers Themis Bd. I S. 59 f.

[5]) Von Duntze ebd. S. 498 f. Hier heißt es (S. 511): „Wären die Handlung oder Firma als solche, nicht die einzelnen Socii, welche unter dieser Firma kontrahirt haben, das Rechts-Subjekt, so würde ja daraus folgen, daß das Aktivum nur jener und nicht diesen zustehe, und ebenso das Passivum nur jener, nicht diesen obliege. Dieses würde aber allen Rechtsbegriffen und aller Praxis widersprechen" . . .

Annahme und Bekanntmachung dieses Namens nach allgemeinem Handelsgebrauche lediglich die Erklärung liegt, daß diejenigen Geschäfte, welche der Inhaber und Träger einer Firma, oder wenn deren mehrere wären, einer von ihnen unter diesem Namen mit dritten Personen machen werde, als Geschäfte des Inhabers, beziehentlich der mehreren Inhaber angesehen werden sollen. Dadurch aber wird die Firma selbst oder die vertretene Gesellschaft nicht zu einer juristischen Person; mithin kann die Handlungsfirma als solche nicht als Rechtssubjekt angesehen und mittelst einer Klage belangt werden, vielmehr hat der Kläger die Inhaber und Träger der Firma, unter deren Namen das der Klage zum Grunde liegende Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, jedesmal namentlich zu bezeichnen".

4) Verkehr mit Handlungsreisenden.

Nach allgemeiner kaufmännischer Auffassung und Usance sind Handlungsreisende, insbesondere Reisende für Fabrikanten zum Absatz der Manufaktur-Waaren, nicht allein zu Eingehung von Geschäften und Annahme von Zahlungen als befugt anzusehen, sondern auch zu Abschlüssen von Vergleichen, Rücknahme von Dispositionswaaren und ähnlichen Abmachungen von Differenzen, welche etwa zwischen ihren Prinzipalen und deren Kunden entstanden sind. Dieser Auffassung gemäß wird im täglichen Leben regelmäßig verfahren, ohne daß es den Geschäftsfreunden des Prinzipales einfällt, sich die Vollmacht des Reisenden zeigen zu lassen, zumal wenn er als solcher ihnen vorher angekündigt ist. Eine Durchführung dieses Prinzipes allein kann eine genügende Rechtssicherheit herbeiführen. Bei der entgegengesetzten Annahme wäre nicht anders eine Sicherung für den Kunden zu erreichen, als durch Zurückbehaltung einer beglaubigten Vollmacht des Reisenden — ein Zwang, der fast zur völligen

Unthunlichkeit, sich bei dergleichen Angelegenheiten mit einem Handlungsreisenden einzulassen, führen würde. Demzufolge wurde im gegebenen Falle (betr. die Zahlung für Manufakturwaaren, welche der Beklagte wegen mangelhafter Beschaffenheit zur Verfügung des Klägers gestellt hatte, und an dessen Reisenden zurückgegeben zu haben behauptete) der Beklagte zur Auslieferung der Waare an den Reisenden für befugt erachtet, einerlei, ob noch Differenzen über das Recht der Rücksendung überhaupt zwischen ihm und dem Kläger obschwebten oder nicht; denn im ersteren Falle konnten auch diese im Zweifel gültig mit dem Reisenden erledigt werden [6]).

5. Haftung des Prinzipales für Handlungen seines Commis.

Zur Mittheilung über eine Entscheidung des Handelsgerichtes zu Bremen bemerkte die Redaktion des Handelsblattes, was folgt [7]):

Der Kaufmannsgehülfe, Commis (wenn ihm nicht bestimmte Funktionen z. B. als Verkäufer in einem Laden oder als Handlungsreisenden übertragen sind [8]), verpflichtet den Geschäftsherrn regelmäßig gar nicht, und nur ausnahmsweise durch solche Handlungen, zu welchem er von jenem beauftragt gewesen ist [9]). Dies gilt namentlich auch bei der mündlichen Ausrichtung von Bestellungen, wo der Abgesandte als bloßer Bote, nicht als selbst urtheilender Mandatar handelt, und besteht dabei kein

---

[6]) Beilage zu Nr. 181 des Brem. Handelsblattes (1855) S. 198. — Uebereinstimmend das OAG. zu Dresden (Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 339); abweichend das OAG. zu Kiel (Ebd. Bd. V Nr. 130.)

[7]) Brem. Handelsblatt a. a. O. S. 167.

[8]) Hieher gehört auch die in Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 57 erörterte Stellung eines Mäklergehülfen.

[9]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 244.

Unterschied zwischen wichtigen und geringfügigen Sachen. Wer der Bestellung eines Commis, zu welcher dieser nicht beauftragt war, Glauben beimißt, hat den Schaden zu tragen und kann sich nicht an dessen Prinzipal halten. Auf den ersten Blick scheint diese Entscheidung vielleicht geradezu dem Leben zu widersprechen, in welchem Handlungsgehülfen und Lehrlinge sehr häufig zur Ausrichtung von Bestellungen benützt werden. Thatsächlich aber wird die Anerkennung derselben die Leichtigkeit des Verkehrs so wenig bedrohen, als der Satz, daß die Dienstherrschaft nicht zu bezahlen braucht, was das Gesinde auf ihren Namen borgt, das Leben beengt oder den vorsichtigen Detailisten häufig in Verluste bringt. Die Folge wird vielmehr nur die sein, daß ein vorsichtiger Geschäftsmann, wie seither, mündliche Bestellungen nur von ihm bekannten Häusern, die einen ihren Commis ertheilten Auftrag nicht abläugnen werden, annehmen, aber auch der in großen Handelsplätzen nicht geringeren Gefahr betrügerischer Geschäftsbesorgungen von Commis auf den Namen ihrer Prinzipale ein Damm entgegengesetzt werden wird. — Auf der anderen Seite kann ich als vorsichtiger Mann mich leichter dagegen schützen, daß ich mich nicht mit einem Unlegitimirten einlasse, als ich darüber Gewißheit erlangen kann, ob nicht ein (zur Ueberbringung einer Botschaft wirklich bestellter) Bote eine falsche Bestellung macht. In dieser Beziehung hat der Prinzipal für die Fehler und Versehen seines Gehülfen einzustehen. Er muß wissen, ob sein Bote zuverlässig ist. Derjenige, an welchen der Auftrag ausgerichtet wird, befindet sich in gutem Glauben, wenn er demjenigen volles Vertrauen schenkt, den der Auftraggeber selbst ausgewählt hat. Dieser Grundsatz leidet auf wichtige und geringfügige Sachen gleich sehr Anwendung und es kann daher auch hier dieser Unterschied als

überflüssig aufgegeben werden. Strenge Geschäftsformen sind übrigens eine Wohlthat für den Verkehr, und wenn die Furcht vor Nachtheilen denjenigen, welcher diese ohne große Mühe vermeiden kann, zur Anwendung von Vorsicht anspornt, so ist das eben nicht zu beklagen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Anwendung des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 §. 70 auf Fristen- und Nachlaß-Verträge von Gemeinden.

Mehrere aus den Kriegsjahren stark überschuldete Gemeinden hatten von der Mehrheit ihrer Gläubiger einen Vertrag erwirkt, worin denselben Nachlaß an Zinsen gestattet und die Tilgung der Schulden auf eine längere Reihe von Jahren festgesetzt wurde. Einige Gläubiger verweigerten den Beitritt zu diesem Vertrage, und beriefen sich unter anderen auf die Bestimmung des oben angeführten §. 70, nach welcher sie nicht angehalten werden könnten, sich längere als fünfjährige Zahlungsfristen gefallen zu lassen.

Hierüber enthält das oberstrichterliche Erkenntniß vom 14. März 1856 Nr. 950$^{53}/_{54}$, folgende Erörterungen.

Das Gesetz schließt die Bewilligung längerer als fünfjähriger Fristen keineswegs absolut aus, sondern nur insoweit, als dieß „mit der Kreditoren allzu großem Schaden" verbunden wäre. Mag nun auch bei Privaten beides in der Regel zusammenfallen, so treten doch bei Gemeinden eigenthümliche Verhältnisse ein, welche auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift wesentlichen Einfluß haben. Ein Privatmann bemißt seine Ausgaben nach seinem

Vermögen und seinem Erwerbe. Diese bestimmen auch seinen Kredit, und die Gläubiger müssen darauf rechnen können, daß sie, wenn es zur zwangsweisen Realisirung ihrer Forderungen kommt, durch die Veräußerung des Vermögens ihres Schuldners in nicht entfernter Zeit möglichst ihre Befriedigung erhalten. Der Aufwand einer Gemeinde richtet sich nach ganz andern von dem Dasein und dem Betrage des korporativen Vermögens völlig unabhängigen Rücksichten. Ebenso der Kredit, weil die Vermögenskräfte der Gemeindegenossen nöthigenfalls durch direkte oder indirekte Besteuerung zur Deckung der Gemeindeschulden in Anspruch genommen werden können.

Sehr häufig stehen daher die Schulden einer Gemeinde mit dem Besitzthume derselben als Korporation in gar keinem Verhältnisse, und selbst dieses Besitzthum kann nicht durchgängig zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden, indem der §. 24 des Gemeinde-Ediktes dasjenige Vermögen, welches die Gemeinde als nothwendiges Mittel zur Erreichung ihres gesellschaftlichen Zweckes besitzt, — die nothwendigen öffentlichen Gebäude, Wege, Brücken, Brunnen, Gränzzeichen, Löschgeräthe ꝛc. ꝛc. — für ein ganz unveräußerliches Eigenthum derselben erklärt.

Diese eigenthümlichen Verhältnisse haben veranlaßt, daß den Gemeinden durch die Gerichtsordnung K. 18 §. 10 Nr. 1 das beneficium competentiae verwilliget wurde, und daß bei dem Andringen der Gläubiger auf den Verkauf der Gemeinde-Realitäten das exekutive richterliche Amt lediglich auf das Erkenntniß über die Liquidität der Schuldforderungen beschränkt und den einschlägigen Kommunalkuratelen überlassen wurde, die Bezahlung der als liquid anerkannten Schulden in angemessenen Fristen durch geeignete Mittel anzuordnen, oder wenn der Schuldenstand einer Gemeinde so bedeutend sein sollte, daß die vorhandenen Mit-

tel eine fristenweise Berichtigung der Schuld in kürzeren Zeiträumen nicht gestatten, einen angemessenen Schuldentilgungsplan für die Gemeinden zu verfassen, welchem alle Gläubiger, in der Voraussetzung, daß sie für ihre Forderung zureichend gedeckt seien, sich zu unterwerfen haben ꝛc.

Verordnung vom 13. Mai 1817.

Moritz Nov. Sammlg. Bd. II S. 253.

Das, unter Aufhebung aller über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden erlassenen früheren organischen Gesetze ergangene Gemeinde-Edikt hat nun diese Bestimmung nicht aufgenommen, vielmehr verfügt der §. 25: daß das zum gesellschaftlichen Zwecke nicht wesentlich nothwendige Gemeinde-Vermögen auf gerichtlichen Auftrag zur Bezahlung der Gemeinde-Schulden der Veräußerung unterliegen könne. Der oberste Gerichtshof hat sich deshalb wiederholt ausgesprochen, daß die angeführte Verordnung von 1817 nicht mehr in Kraft bestehe.

Erkenntniß vom 3. April 1822 Reg.Nr. $213^{20}/_{21}$.
„ vom 26 Mai 1823 Reg.Nr. $745^{21}/_{22}$.
und vom 8. Januar 1823 Reg.Nr. $245^{21}/_{22}$.
Vgl. Bl. f. R.Anwendg. Bd. I S. 314.

Sind aber auch die Gläubiger im Falle, die gerichtliche Rechtshilfe für ihre Forderungen in Anspruch zu nehmen, so können sie auf diesem Wege doch nur alsdann zur Befriedigung gelangen, wenn hinreichendes Gemeinde-Vermögen vorhanden ist, welches nach der angeführten Bestimmung des Edikts dem gerichtlichen Zugriffe unterworfen werden kann. Fehlt es hieran und wird es deshalb nothwendig, für die Befriedigung der Gläubiger durch Auflage direkter oder indirekter Steuern auf die Gemeinde-Glieder Fürsorge zu treffen, so hört die Einwirkung der Justizbehörden auf und die Kuratelbehörde muß um die Anordnung der erforderlichen Maßnahmen angegangen werden.

S. Verordng. die Umlagen für die Gemeinde-Bedürfnisse btr., vom 22. Juli 1819, Art. I b. Nr. 13 und Art. IX.

Seuffert's Komment. z. GO. Bd. IV, S. 244 Nr. 1.

Diese richten sich aber nothwendig nach den Steuerkräften und den übrigen in Mitte liegenden Verhältnissen, und dürfen ein gewisses Maaß nicht überschreiten.

Im vorliegenden Falle nun wäre es, nach den aktenmäßig vorliegenden Verhältnissen der Gemeinden offenbar unthunlich, in Ermanglung greifbarer Exekutions-Objekte, die zur Zahlung der sehr beträchtlichen Schulden erforderlichen Beträge durch Gemeinde-Umlagen und durch die bereits zum Zwecke der Schulden-Tilgung eingeführten Fleisch-, Mehl- und Malz-Aufschläge innerhalb 5 Jahren aufzubringen. Es ist daher klar, daß die Ueberschreitung dieses Zeitraumes durch die in dem Vergleiche vom 23. Oktober 1843 stipulirten Fristen in der That nicht zum Schaden der Gläubiger gereicht. Dieses wäre vielmehr nur alsdann der Fall, wenn die Renitenten nachgewiesen oder wenigstens wahrscheinlich gemacht hätten, daß es möglich gewesen wäre, für die im administrativen Wege anzuordnenden Schulden-Tilgungs-Plane der betreffenden Gemeinden die Festsetzung kürzerer Fristen zu erwirken.

In dieser Richtung fehlt es aber durchaus an genügenden, positiven Angaben von Seite der renitirenden Gläubiger.

Es ist hierbei nicht außer Acht zu lassen, daß die Verfügung des §. 70, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen die Minderheit der Gläubiger dem Beschlusse der Mehrheit im Betreffe der dem Schuldner zu bewilligenden Fristen und Nachlässe unterwirft, — insbesondere auch im Interesse dieser Mehrheit gegeben ist, welcher häufig sehr viel daran

gelegen ist, auf diesem Wege, unter Beseitigung aller Weiterungen, mit dem Schuldner ein zweckmäßiges Abkommen zu treffen.

Nach der großen Mehrheit zu urtheilen, welche sich für den Vergleich vom 23. Oktober 1843 ausgesprochen hat, ist anzunehmen, daß dieses hier der Fall gewesen sei. Die Ausführung des verabredeten Schuldentilgungswerkes wäre aber gefährdet, wenn es den Renitenten erlaubt wäre, unabhängig davon gegen die Gemeinde einzuschreiten.

M.

2.

Vernehmung Sachverständiger von Amtswegen.

(Vgl. Komment. ü. d. GO. Bd. II Aufl. II S. 324 f.)

In der (Seite 269) bezeichneten Rechtssache Th. w. P., Geschäftsbeeinträchtigung und Entschädigung betreffend, hatte Kläger Th. die Behauptung aufgestellt, daß in Folge des (allseitig anerkannten) Vertrages, vermöge dessen ihm Beklagter seinen Antheil an dem bisher gemeinschaftlich betriebenen Manufaktur-Waarengeschäfte überlassen, dieser zum Betriebe von Manufaktur-Waarengeschäften überhaupt keine Befugniß mehr habe. Das Untergericht fand sich veranlaßt, hierüber das Gutachten der Handelsvorsteher zu N. einzuholen, obschon dieß im Beweisantritte nicht beantragt war. Die deßhalb erhobene Beschwerde wurde von dem Handels-Appellationsgerichte verworfen (Erk. vom 12. Juli 1851 Nr. 1099); „denn es handle sich hier lediglich darum, aus bereits erwiesenen Thatsachen rechtliche Folgerungen zu ziehen, zu deren Begründung das Untergericht die Einholung eines Gutachtens Sachverständiger für nöthig erachtet habe. In solchen Fällen erschienen aber diese Sachverständigen nicht als Beweismittel, sondern als Gehilfen des

Richters, und ſei derſelbe befugt, ſolche von Amtswegen beizuziehen.

Bayer Vortr. (ed. VII) S. 484 [1]).

Gönner Handbuch II 45.

Auch verordnet ſchon §. 47 der Nürnberger HandelsGO., daß die Markt-(Handels-) Vorſteher mit ihrem Gutachten in allen Verhältniſſen zu vernehmen ſeien, zu deren Beurtheilung beſondere kaufmänniſche Kenntniſſe erfordert würden. Da nun über die Wirkungen eines Vertrages wie der vorliegende allerdings Handelsgewohnheiten beſtehen könnten, deren gründliche Ermittlung auf dem eingeſchlagenen Wege dienlich ſei, auch die Prüfung des Werthes und der Beweiskraft des einzuholenden Gutachtens dem künftigen Endurtheile vorbehalten bleiben müſſe, ſo erſcheine die erſtrichterliche Verfügung als vollkommen gerechtfertiget.

****
****.

3.

Vom Beweiſe der Nichtrealität eines Gewerbes.

Gewerbsgenoſſen beſtritten (1853) als Kläger die Realität des vom Beklagten ausgeübten Metzgergewerbes, und beantragten, unter Bezugnahme auf ein amtliches Protokoll vom J. 1775, nach welchem dem Großvater des Beklagten das Metzger-Recht nur auf Lebenszeit verliehen worden, ſofortiges Definitiverkenntniß nach der Klagbitte. Da indeſſen in der Zwiſchenzeit ſeit 1775 die Erwerbung eines realen Rechtes immer noch erfolgt ſein konnte, ſo wurde dem klägeriſchen Antrage nicht entſprochen, ſondern vorerſt auf Beweis erkannt.

OAGE. v. 12. Feb. 1856. Nr. $1355^{53}/_{54}$.

---

[1]) Ed. VIII §. 249 S. 828—9.

4.

Zur Lehre von dem Notherbrecht der Kinder nach fränkischem Landrecht.

Die kaiserl. Landgerichts-Ordnung des Herz. Franken, Th. III Tit. 21 §. XVII verordnet:

„Als zu Zeiten die Eltern mehr Zuneigung zu einem, „denn dem anderen ihrer Kinder haben, und so sie „denselbigen durch zulässige Mittel nicht können einen „merklichen Vortheil thun, unterstehen sie sich ihnen „ein ansehnliches stattliches liegend Gut um ein viel „geringere Summe Gelds, denn es sonsten verkaufet „werden möchte, darzu auch auf geringe Ziel kaufs„weise zuzuwenden, oder sonsten was stattliches den „anderen Kindern zu merklichem Nachtheil und Be„trug zuzustoßen: wo solches geschehe, sollen die Eltern „dadurch den Kindern das Zweitheil auch verwirken „und zu geben schuldig sein."

Auf diese Bestimmung sich stützend erhoben mehrere Kinder eines Vaters gegen diesen und ein anderes Kind desselben, welchem das Gut des ersteren abgetreten worden war, Klage auf Rescission des Abtretungsvertrages. Von der ersten Instanz wurde diese Klage zugelassen und auf Beweis darüber erkannt, um wieviel das Gut mehr werth sei, als der paktirte Gutskaufschilling betrage. Auf Berufung des Beklagten wurde jedoch die Klage in zweiter Instanz abgewiesen und diese Abweisung in dritter Instanz aus folgenden Gründen bestätiget.

Die vorliegende Klage bezweckt die Aufhebung des Gutsverkaufsvertrages zwischen Johann E. und Leonhard M. und als Grund für die Nichtigkeitserklärung wird angegeben, daß hier eine Veräußerung vorliege, durch welche der Pflichttheil der übrigen Kinder gefährdet und resp. verletzt sei.

Nun ist zwar gestattet, lukrative Zuwendungen, welche nur den Schein eines onerosen Geschäftes an sich tragen, ingleichen gemischte Geschäfte, bei welchen die Bestimmung eines unverhältniß-

mäßig geringen Preises den Charakter der Liberalität ausprägt, mittels der querela inofficiosae donationis anzufechten.

Const. 9 de inoff. don. (3, 29); Seuffert prakt. Pand. R. 3. Ausg. §. 664 Note 3; desselben Archiv oberstrichterlicher Entscheidungen B. III S. 406.

Allein das Recht zu dieser Querel erwächst wie das zu der querela inofficiosi testamenti erst mit dem Tode des Schenkers.

Seuffert Pand. a. a. O. Nr. 5

Hievon macht nun das fränkische Landrecht in soferne eine Ausnahme, als nach der kaiserlichen Landgerichtsordnung, Th. III Tit. 31, in gewissen Fällen die Eltern schon in Zeit ihres Lebens die legitima zu geben schuldig sind, wohin nach §. 17 dortselbst insbesondere jener gerechnet wird, wenn die Eltern mehr Zuneigung zu einem denn dem anderen ihrer Kinder haben, und sich unterstehen, ihnen ein ansehnliches stattliches liegendes Gut um viel geringere Summe Geldes, denn es sonst verkauft werden möchte, zuzuwenden.

Wenn ein solcher Fall wirklich vorliegt, so können die sich benachtheiligt glaubenden Kinder wohl zuerst auf Theilung, und, wenn sich hiebei eine wirkliche Verletzung des Pflichttheiles durch den in Frage stehenden Akt zeigt, auf Ergänzung des Pflichttheiles resp. auf Rescission des Aktes und Herausgabe des Gegenstandes, soweit als es zur Ergänzung des Pflichttheiles nothwendig ist, klagen.

Const 5, 7, 8 pr. de inoff. don. (7, 29); Nov. 29 cap. 1.

Beide Klagen können natürlich auch in einem Libelle in so ferne angestellt werden, als das Ergebniß der Theilung in der zweiten zum voraus angegeben zu werden vermag.

Immer aber bleibt die erste Klage präjudiziell, indem die von dem Aszendenten verwirkte Theilung an die Stelle des Todes desselben tritt.

So ist aber die vorwürfige Klage nicht gestellt; sie umgeht die Abtheilung gänzlich und ist ausschließlich auf sofortige Nichtigkeitserklärung des Abtretungsvertrages gerichtet, was nach dem Erörterten rechtlich nicht als zulässig erscheinet.

Mit Recht hat daher die Vorinstanz diese Klage abgewiesen.

OAGE. vom 10. März 1856. RR. $468^{54}/_{55}$.

β. κ.

5.

Sachlegitimation über Beerbung des Gläubigers.

In der oben aus Seite 16 ersichtlichen Rechtssache ging aus der beigebrachten Notariatsurkunde unzweifelhaft hervor, daß Kläger faktisch die Erben des P. G. geworden seien. Dieselbe wurde, zur Lieferung des denselben auferlegten Legitimationsbeweises, dem verklagten Nachlaßschuldner gegenüber, für genügend erachtet, indem alle gegen die Rechtlichkeit dieses faktischen Zustandes von ihm gemachten Einwendungen, als exceptiones de jure tertii, außer Beachtung bleiben müßten.

Vgl. OAGAkten Nr. $706^{51}/_{52}$.

6.

Wirkung der Strafgerichtsentscheidung auf den Civilprozeß.

Vgl. Bd. XX S. 113 f; S. 240.

Die vom Schwurgerichte erfolgte Verurtheilung des Versicherers wegen vorsätzlicher Brandstiftung genügt auch für den Civilprozeß zur Feststellung der Thatsache.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 9. Nov. 1853. Entsch. d. OT. Bd. 27 S. 231.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 13. Sept. 1856. 21. Jahrgang. № 19.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs. — **Exceptio non numeratae pecuniae.** Einmal entgegengesetzt ist sie perpetuirt. Abweisung in der angebrachten Art. Rechtskraft. — Beweiskraft der Gutsrechnungen; Strafe frivolen Leugnens; zusammengesetzter Beweis. — Beweislast in Realgewerbsstreiten. — Forderungen an die Staatskasse. Erlöschung nach §. 31 des Finanzgesetzes von 1831.

Ueber die Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs.

Dem aufmerksamen Leser der Blätter für Rechtsanwendung wird es auffallen, einen so überschriebenen Aufsatz in denselben zu finden. Er wird fragen, ob, wenn auch nur vorübergehend, diese Zeitschrift ihrem treu eingehaltenen Grundsatze, nicht Gesetzespolitik sondern Gesetzesanwendung zu besprechen, untreu geworden sei.

Diesem freundlichen Leser gegenüber wollen wir bemerken, daß wir allerdings nicht de lege ferenda sprechen wollen, sondern einen in der Praxis vorkommenden Gebrauch zum Gegenstande der Betrachtung gewählt haben. Ob dieser Gebrauch in allen Fällen ein abusus genannt zu werden verdiene, oder ob er in gewissen Fällen und unter gewissen Modalitäten seine Berechtigung in sich trage, das ist nun in den folgenden Zeilen zu erörtern.

Vor Allem ist zu konstatiren, daß viele Richter im mündlichen Verhöre in gar nicht seltenen Fällen und in beständiger Uebung den Beklagten zur ersten

Verhandlung realiter zitiren lassen. Die Legalität dieses Verfahrens kann im Hinblicke auf die Bestimmungen der jüngsten Prozeßnovelle nicht behauptet werden, gleichwohl aber hat die Praxis also verfahrend den gesetzlichen Boden nicht verlassen.

§. 1. Das Prozeßgesetz von 1837 kennt die Realzitation nicht. In den Motiven zu §. 8 desselben wird in Bezug auf dieselbe bemerkt: „sie gehe „nicht wohl an, da im Civilprozesse der Ungehorsam „der Parteien nur Nachtheile am Vermögen zur „Folge haben dürfe; daher bleibe nichts übrig, als „die Rechtsfolgen des Ungehorsams in der Sache „selbst festzusetzen, also daß der Kläger seine Klage „umständlich zu Protokoll gebe, und daß dem hie„von in Kenntniß zu setzenden Beklagten die prozes„sualische Folge des Ungehorsams angedroht werde."

Diese Ansicht prägt sich auch im §. 8 des Gesetzes aus. In diesem §. sind 3 Fälle geschieden, nämlich a) die Sachen, die nach §. 1 im mündlichen Verhöre behandelt werden müssen; b) die nur vermöge Uebereinkunft vor der Verhandlungstagsfahrt im mündlichen Verhöre behandelt werden und c) die auf Ansuchen des Klägers versuchsweise im mündlichen Verhöre behandelt werden sollen. In allen diesen Fällen ist ein „in der Sache liegender Rechtsnachtheil" für den Fall des Ungehorsams nach Maßgabe des §. 18 des Gesetzes angedroht. Der gleiche in der Sache ruhende Rechtsnachtheil zeigt sich in dem Prozeßgesetze v. 22. Juli 1819 §. 6.

§. 2. Gleichwohl vermag die Praxis, um die Gesetzmäßigkeit der Realzitation unter gewissen Voraussetzungen darzuthun, sich auf eine Gesetzesstelle zu berufen, die nirgends aufgehoben wurde. Es ist cod jud. cap. V §. 2 Nr. 3, welcher wörtlich sagt:

„Die Realzitation, da man jemand persönlich „anhalten und vor Gericht bringen läßt, hat 3tio in

„Civilsachen nur statt, wo periculum fugae, oder „Citatus beständig ungehorsam ist.“

Von der ersten Alternative ist hier nicht die Rede, da periculum fugae eine der Bedingungen einer eigenen Prozeßart, des Arrestprozesses, ist. In welchem Verhältnisse steht nun die andere Alternative zu den Bestimmungen des §. 8 der jüngsten Prozeßnovelle? Wir glauben, daß dieses nicht geradezu ein feindliches sei. In der angeführten Stelle der Motive spricht sich durch die Bemerkung gelegentlich der Realzitation, daß sie nicht wohl angehe, die Ansicht aus, daß im Allgemeinen man dieselbe nicht billige, daß man Bedenken trage wegen des möglichen Mißbrauches und der mehrfach erforderlichen Kautelen und Unterscheidungen, sie als zulässig zu erklären. Trotzdem wollte man doch nicht weisem richterlichen Ermessen vorgreifen, und es wurde keine dem cod. jud. an beregter Stelle derogirende Bestimmung aufgenommen. So scheint die Praxis dieses Verhältniß aufgefaßt zu haben und wie sich zeigen wird, wohl mit Recht.

§. 3. Ist nun jene Anordnung des cod. jud. nirgendwo aufgehoben, so würde sich die Fortdauer der Anwendbarkeit der Realzitation in dem Falle des beständigen Ungehorsams auch im Verfahren des mündlichen Verhöres behaupten lassen, wenn nachgewiesen werden könnte, daß die Realzitation, den Fall des beständigen Ungehorsams vorausgesetzt, mit dem Geiste und Zwecke dieses Verfahrens wohl vereinbarlich sei. Diesen Nachweis werden wir nun zu liefern versuchen.

Das Verfahren im mündlichen Verhöre soll bekanntermaßen ein mehr konziliatorisches sein als das gewöhnliche. Vor allem soll der Richter seinen persönlichen Einfluß dahin geltend machen, überhaupt allen Prozeß abzuschneiden. Daß in der That dieses Resultat in den meisten Fällen erreicht werde,

beweist die Praxis. Die höchste Justizverwaltungsstelle hat daher zweckmäßig angeordnet, daß nur den tüchtigsten Beamten an jedem Gerichte die Leitung des mündlichen Verhörs übergeben werden solle (Generalisirte Entschließung des Justizministeriums vom 7. August 1845).

Nun ist aber der für den Kläger widerwärtigste Fall der, wenn er gar nicht im Stande ist, seinen Beklagten vor dem Richter zu treffen. Würde der Beklagte gezwungen, vor dem Richter zu erscheinen, so würde er es in vielen Fällen nicht über sich bringen, der Wahrheit Hohn zu sprechen, er würde vielmehr derselben die Ehre geben und billigen Vorschlägen des Richters und der Gegenpartei sofort beipflichten. Kann er aber nicht gezwungen werden, zu erscheinen, so kommt es oft vor, daß gerade die wenigst achtbaren Subjekte ruhig vielleicht in der nächsten Kneipe sitzend erwarten, welche „aus der Sache entspringende Nachtheile ihnen zugehen werden." Es wird offenbar die Absicht des Gesetzes, welches den Vergleichsversuch im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs so hoch gestellt hat, und wie die Erfahrung zeigt, mit so vortrefflichem Erfolg, durch diesen Ungehorsam dem redlichen Kläger gegenüber vereitelt. Der Kläger verliert hier einen Vortheil, den das Gesetz Allen einräumen wollte. Er wird nolens volens in die Unannehmlichkeiten, in die Zeitversäumnisse und Kosten eines Prozesses hineingetrieben, für die ihm meistens kaum ein Ersatz in Hoffnung steht. Es ist also ein Eingriff in die Rechte des Klägers, wenn man unbedingt dem Beklagten die Freiheit verstattet, nicht vor dem Gerichte zu erscheinen; der Kläger verliert die meistens glücklich sich wendende Chance, daß der Prozeß mit der ersten Verhandlungstagsfahrt sein Ende finde.

Aber nicht genug, daß auf diese Weise der

Kläger zu Schaden kömmt, auch dem Beklagten gehen die gleichen Verluste an Zeit, Geld und die andern unangenehmen Folgen eines Rechtsstreites hiedurch zu. Man dürfte freilich hier zunächst der Einwendung begegnen, daß es in der Macht des Beklagten ja gelegen sei, diesen Uebelständen abzuhelfen. Allein gerade das standhafte Nichterscheinen vor Gericht ist gewöhnlich Folge eines gereizten Zustandes, eines Trotzes und einer Verbissenheit, aus der manche Menschen sich mit eigener Kraft zu reißen nicht vermögen, aus der durch höhere Autorität gerissen zu werden ihnen aber als wahre Wohlthat erscheint. Hie und da mag auch Leichtsinn, Bequemlichkeit und dgl. die contumacia veranlassen, und auch in diesen Fällen ist beiden Theilen gleich sehr durch gezwungenes Erscheinen vor Gericht gedient. Es kömmt aber ferner zu erwägen, und das ist ein besonders wichtiges Moment, daß gerade in den kleineren Händeln, welche zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör ressortiren, der Beklagte besonders leicht zum Ungehorsame sich veranlaßt sieht, weil er eben den in der Sache liegenden Nachtheil, der ihm durch das Gesetz gedroht ist, gar nicht fürchtet. Er hat gar nichts gegen diesen Nachtheil einzuwenden, im Gegentheil, es wird ihm noch die besondere Genugthuung gewährt, den verhaßten Gegner zu mehrmaligen, Zeit und Geld raubenden Gängen in das Gericht zu zwingen. Nur der Kläger ist es, wie schon oben bemerkt, dem hiedurch ein wirklicher Nachtheil zugeht; der Beklagte hätte bei der ersten Tagsfahrt, wenn er gehorsam gewesen wäre, eben auch nicht mehr und nicht weniger zu leisten gehabt, als später in Folge des Ungehorsams, wenn man von den geringen Gerichtskosten absieht. —

Es möchte in dieser Beziehung endlich auch noch der Umstand wohl berücksichtigt zu werden verdienen, daß den Gerichten durch den Ungehorsam

des Beklagten neue, nicht unbedeutende Arbeit zugeht. Es muß ein Prozeß instruirt und durchgeführt werden, der wahrscheinlich hätte vermieden werden können. Denn durch die Erfahrung ist es unzweifelhaft, daß die große Mehrzahl der Prozesse im mündlichen Verhör bei dem Sühneversuche vor Gericht wirklich verglichen werden.

§. 4. Es bleiben nunmehr noch die Bedenken zu beseitigen, welche sich vom Standpunkte der persönlichen Freiheit und des Eingriffes, der durch die Realzitation in dieselbe gemacht wird, ergeben.

Diese Bedenken dürften aber ganz und gar beseitigt werden, wenn man die Realzitation, wie dieß in der Praxis wirklich geschieht, von Bedingungen abhängig macht, die eben durchaus einen Eingriff in die persönliche Freiheit auszuschließen geeignet sind. Es sind dieß die Bedingungen, daß Realzitation erst nach beständigem Ungehorsam (GO. cap. V §. 2) und nach vorgängiger Androhung eintreten dürfe. Was den beständigen Ungehorsam betrifft, so ist, wenn ein Beklagter auf zweimalige Ladung nicht vor Gericht erschienen ist und sich nicht durch ehehafte Hindernisse als entschuldigt ausgewiesen hat, anzunehmen, daß er der gerichtlichen Autorität zu folgen nicht bereit sei. Freilich muß hier auf den Umstand besonders bei den Landgerichten, wo die Geschäftsüberbürdung auch des Gerichtsdienerpersonals oft eine nothdürftige Führung der Botenbücher und Insinuationsnachweise veranlaßt, aufmerksam gemacht werden, daß als conditio sine qua non für die Realzitation der gehörig gelieferte Nachweis für zweimalige Ladung des Beklagten gefordert werden muß. Mit der zweitmaligen Ladung kann aber ganz zweckmäßig die Androhung der Lieferung, wie der technische Ausdruck für Realzitation heißt, verbunden werden. Ist es dem Beklagten darum zu thun, seine persönliche Freiheit nicht an-

tasten zu lassen, so steht es ihm offen, entweder das zweite Mal zu erscheinen, oder doch ein Fristgesuch oder sonstige Entschuldigung bei Gericht anzubringen. Uebrigens verschwindet jedes Bedenken vollends durch die Erwägung, daß aus Rücksichten des öffentlichen Wohles sowohl in Strafsachen als behufs der Zeugenvernehmung ohne solche Kautelen die Realzitation Statt findet, und daß in der That der, welcher nach Beobachtung dieser Vorbedingungen seiner ordentlichen Obrigkeit nicht so viel Respekt erweist, sich zu stellen oder sich zu entschuldigen, keine allzugroße Berücksichtigung mehr verdient [1]). Es dürfte daher im Anschlusse an die GO. Kap. V §. 2 Nr. 3 in den Sachen des mündlichen Verhörs die Praxis als wohl gerechtfertigt erscheinen, mit der zweitmaligen Ladung des ungehorsamen Beklagten auf Bitte des Klägers nach vorgängiger Erholung des Insinuationsnachweises über die erste Ladung die Androhung der „Lieferung," nach wiederholtem Ausbleiben aber und abermaliger Erholung des Insinuationsnachweises über die zweite Ladung auf Andringen des Klägers das dritte Mal Lieferung oder Realzitation eintreten zu lassen.

Wenn aber Kläger selbst nicht auf Androhung und spätere Ausführung der Realzitation dringt, — welches Andringen, wie ausgeführt, eben zumeist in seinem Interesse liegt — sondern sich mit den in der Sache liegenden Nachtheilen, der Annahme der Klagsableugnung und des Einredeverlustes begnügen will, dann darf freilich von der Realladung kein Gebrauch gemacht und muß vielmehr bei den Prozeß-

---

[1]) Auch ist es eine unbestrittene Befugniß des Richters nach gemeinem Prozeßrechte, wenn es im einzelnen Falle nothwendig sein sollte, die streitenden Theile zum persönlichen Erscheinen aufzufordern. Vgl. v. Bayer, VIII Aufl. S. 327.

nachtheilen, die das jüngste Prozeßgesetz androht, beharrt werden. — Ebenso versteht es sich von selbst, daß diese Ausführung nur jene Sachen im Sinne hat, die im mündlichen Verhöre verhandelt werden müssen. ***.

Nachschrift des Herausgebers. Daß der in Frage befindlichen „Lieferungs"-Praxis gewichtvolle Bedenken entgegenstehen, ist in vorliegendem Aufsatze nicht verhehlt, sondern offen dargelegt. Indessen läßt sich nicht bezweifeln, daß der Gesetzgebung von 1837 ungeachtet jene in der Gerichtsordnung begründete Uebung bei vielen Gerichten auch heutzutage noch bestehe; auch darf man wohl annehmen, daß sie sich der Kenntniß der Obergerichte nicht entzogen habe. Nun sind auch die Gründe, welche für das Beharren bei diesem Gebrauche sprechen, auf dem Gebiete der Presse zur Sprache gebracht, und es steht zu erwarten, ob die Veröffentlichung zum Widerspruche, etwa auch zum Einschreiten von Seite der höchsten Aufsichtsbehörde, anregen, oder ob vielmehr die überlieferte Sitte dadurch, daß sie unangefochten bleibt, eine neue Bekräftigung erhalten werde.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Exceptio non numeratae pecuniae. Einmal entgegengesetzt ist sie perpetuirt. Abweisung in der angebrachten Art. Rechtskraft.

Auf Grund eines Hypotheken-Rekognitionsscheins vom 13. Sept. 1850 war am 1. Mai 1851 von A. gegen B. Exekutivklage erhoben worden. Die exc. n. n. p. wurde entgegengesetzt, worauf Abweisung der Klage in der angebrachten Art erfolgte.

Am 25. Sept. 1852 stellte der Kläger auf Grund erwähnter Urkunde wiederholt die Exekutivklage, und erwirkte im Laufe des Verfahrens ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß II. Instanz. Der oberste Gerichtshof beließ es aber bei dem von der Klage entbindenden Urtheile I. Instanz. Gründe:

Es ist eine durch nichts gerechtfertigte Annahme, daß die Wirkung der einem Schuldbekenntnisse innerhalb der gesetzlichen Frist entgegengesetzten Einrede des nicht empfangenen Geldes dadurch wieder aufgehoben werde, daß die Urkunde mittlerweile ein Alter von zwei Jahren erreicht. Eine solche Auffassung widerstreitet nicht nur dem Wortlaute der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch der ihnen zweifellos zu Grund liegenden Intention. Denn

1) Das bayerische Landrecht Th. IV Kap. 11 enthält in §. 3 zunächst eine Begriffsbestimmung der querela n. n. pec.; sie bestehe, heißt es hier, in dem Widerspruch des wirklichen Empfanges, welcher nur in Hoffnung folgenden Erlages bescheinigt worden sei. In §. 7 ist sodann die Dauer der Querel und in §. 8 deren Wirkung bestimmt. Letztere soll darin bestehen, daß der Gegentheil, ungeachtet der in Händen habenden Bescheinigung, gleichwohl den bescheinigten Empfang beweisen muß. Nicht die Wirkung der Querel ist hier auf den Zeitraum von zwei Jahren beschränkt, sondern die Geltendmachung des Einspruchs wider den Empfang, woraus sich die ganz allgemeine illitimirte Wirkung ergibt. Wo das Gesetz nicht unterscheidet, darf bekanntlich auch der dasselbe anwendende Richter nicht unterscheiden. Das Gesetz enthält aber keine Distinktion und keine Zeitbeschränkung hinsichtlich des Effektes der querela oder exceptio n. n. pec.; es erscheint daher als ein Verstoß gegen die positive Bestimmung des Gesetzes, die Wirkung

einer rechtzeitig vorgebrachten exc. n. n. p. in eine bestimmte Zeitgränze einzuengen, der Protestation über diese Gränze hinaus den ihr zukommenden Effekt zu versagen.

Die Anmerkungen zu den angeführten Gesetzesstellen sehen dieß als eine sich von selbst verstehende Folge des dem Aussteller der Schuldurkunde an die Hand gegebenen Rechtsmittels an, sie sagen: Der dem Gegentheil ausgestellte Schein nützt ihm nichts, nicht aber bloß während zwei Jahren von der Ausstellung an, wenn innerhalb dieser Frist der Einspruch erhoben würde, sondern schlechthin so lange, als er den bescheinigten Empfang nicht auf andere Weise zu erproben vermag. Nach Verfluß der zwei Jahre soll die ex chirographo resultirende Obligation, welche bis dahin inefficax war, erst ihre volle Kraft erlangen, und sodann die Querel nicht mehr Platz greifen, sondern ein für allemal erloschen sein, womit von selbst ausgesprochen ist, daß, wenn die Querel vorher angebracht wurde, die in §. 8 bezeichnete Wirkung, nämlich die Behelflosigkeit der Urkunde und die Nothwendigkeit für den Inhaber eintritt, sein Guthaben auf andere Weise darzuthun.

Geht man auf die Quelle obiger Bestimmungen, nämlich das römische Recht, zurück, so sind auch hierin ausdrückliche Vorschriften für die Unbeschränktheit der Wirkung der querela und exc. n. n. p. enthalten.

> C. 8 de n. n. pec. (4, 30): „Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est: residuum tempus ejus heres habebit tam adversus creditorem quam adversus ipsius heredem. Sin autem questus est, exc. n. n. p. heredi et adversus heredem ejus perpetuo competit.“

C. 14 §. 4 eod.: „eoque modo perpetuam tibi exceptionem efficere ..... „et ita tempus statutum interrumpere."

2) Der Zweck des Gesetzes würde auch gar nicht erreicht werden, wollte man ihm die von der vorigen Instanz vorausgesetzte Bedeutung beilegen. Gutherzige und bedrängte Leute, die geneigt sind, antizipirte Empfangsbescheinigungen auszustellen, sollen gegen die Folgen ihrer Unüberlegtheit geschützt werden. Dieser Schutz wäre aber vergeblich, wenn der Inhaber der Schuldurkunde, dem innerhalb der gesetzlichen Frist von 2 Jahren der Einwand des nicht erhaltenen Geldes entgegengesetzt wird, nur den Ablauf der Frist abzuwarten hätte, um dann die bestrittene Hingabe des Geldes mit der nämlichen Urkunde erreichen zu können. Dem Schuldbekenner wäre dann nur der Vortheil einer Zahlungsfrist zu Theil geworden.

3) Die Doktrin ist aber auch in diesem Punkte durchweg im Einklange, und wenn die in dem angefochtenen Erkenntnisse zitirten Schriftsteller die Perpetuität der Wirkung der rechtzeitig angebrachten Protestation nicht speziell hervorheben, so hat dieß keinen andern Grund, als weil sie annehmen, es verstehe sich ganz von selbst, daß der Ablauf der 2 Jahre dem Schuldbekenner nur dann schade, die Urkunde nur dann ihre volle Wirksamkeit erlange, wenn die Frist unbenützt verstrichen ist, wenn der Aussteller der Urkunde von dem ihm eingeräumten Rechte keinen Gebrauch gemacht hat. Andere Schriftsteller berühren aber auch speziell diesen Punkt, z. B. Unterholzner im Arch. f. civ. Pr. Bd. VII S. 72; Göschen Vorles. Bd. III S. 295, 297, 298, 300; Gönner juriſt. Abhandl. I S. 66, 72f.

Kläger hat sich bei der früher von ihm gestell-

ten Exekutivklage auf dieselbe Urkunde gestützt, die er auch heute zur Begründung seines Anspruchs benützen will, nämlich auf das Schuldbekenntniß und die Hypothekbestellung vom 13. Sept. 1850. Daß der Rekognitionsschein von demselben Tag und der Eintrag in das Hypothekenbuch nicht als selbstständige von dem Hypothekenprotokolle unabhängige Beweisdokumente für die Hingabe des angeblich geliehenen Geldes in Betracht kommen können, bedarf keiner weiteren Ausführung. Da nun die Revidenten in dem früheren Prozesse während der gesetzlichen Frist von 2 Jahren dem Rekognitionsscheine und somit auch dem ihm zu Grund liegenden Schuldbekenntnisse die Anerkennung versagten, weil die darin angegebene Summe in ihrem vollen Betrage nicht an sie ausbezahlt worden sei, so war es an dem Inhaber der Urkunde, den Beweis des Darlehens nunmehr mittelst anderer Behelfe zu erbringen. Dieß ist denn auch durch das landgerichtliche Erkenntniß vom 26. Aug. 1852 ausgesprochen worden. Die gebrauchte Formel der Abweisung in der angebrachten Art hat keinen andern Sinn, als daß es dem klagenden Theil unbenommen sei, mit einer andern, auf urkundliche Beweise gestützten Exekutivklage, oder mit einer Klage im gewöhnlichen Verfahren aufzutreten, um dieselbe Forderung aus einem Darlehensvertrage zu realisiren. Die Unwirksamkeit des Schuldbekenntnisses, der in dem Hypothekenprotokolle niedergelegten Empfangsbescheinigung ist aber dadurch rechtskräftig und ein für allemal ausgesprochen worden, so daß die nämliche Urkunde nicht wiederholt als Beweismittel benützt werden kann.

Ein Verstoß gegen die Rechtskraft der angeführten Entscheidung könnte in dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse nur dann nicht erblickt werden, wenn die Urkunde durch den bloßen Zeitablauf ein anderes gültiges Dokument hätte werden können.

Nimmt man aber dieses nicht an, inhärirt der Urkunde heute noch derselbe Mangel, wie zur Zeit der Entgegensetzung der exc. n. n. p., oder mit andern Worten: ist die Wirkung der rechtzeitig vorgeschützten exc. n. n. p. eine durchgreifende oder permanente, dann kann man der Urkunde, ohne mit dem früheren Judikate in direkten Widerspruch zu gerathen, heute keine Kraft beilegen, die ihr bereits abgesprochen wurde.

OAGE. v. 1. März 1856. Nr. $1814^{54}/_{55}$.

2.

Beweiskraft der Gutsrechnungen; Strafe frivolen Leugnens; zusammengesetzter Beweis.

Ein Grundhold verweigerte, wie alle übrigen seiner Gemeinde, der Gutsherrschaft das seit den ältesten Zeiten herkömmliche, im Kolonatvertrage von 1794 ausdrücklich ausbedungene, in zwei jüngeren Lehenbriefen übernommene, im Steuerkataster und Hypothekenbuch eingetragene und seit mehr als 40 Jahren verrechnete Frohnd- und Dienstgeld zu 6 fl. jährlich aus dem Grunde, dasselbe sei als verkleidete Frohnd, dann als rein persönliche Last nach Art. 2 und 6 des Ablösungsgesetzes v. 1848 erloschen. Sein Anwalt nahm hievon Anlaß, völlig zu widersprechen, daß die Gutsherrschaft jenes Gefäll seit mehr als 30 Jahren „als reale Abgabe" bezogen habe, wonach also der Gutsherrschaft über diesen Punkt der Beweis auferlegt wurde. Im Beweisverfahren stellte aber der persönlich erschienene Beklagte an einen als Zeugen vernommenen früheren Verwalter des Gutsherrn die Frage: Ob er nicht sagen müsse, daß er zu der von ihm allerdings geleisteten fraglichen Zahlung gezwungen worden sei? Was der Zeuge damit beantwortete, gegen die Restanten sei die gewöhnliche Exekution vorgekehrt worden.

Die beiden Vorinstanzen, die Gutsrechnungen als scriptura propria verwerfend, legten dem Gutsherrn den Erfüllungseid über das Beweisthema auf; der oberste Gerichtshof dagegen verurtheilte den Beklagten sogleich nach den Bitten der Klage.

Aus den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir, was folgt:

Vorerst wird die Beweiskraft der auf 40 Jahre rückwärts vorgelegten und ganz unverdächtigen Gutsrechnungen in genauer Uebereinstimmung mit einem früheren Erkenntnisse (Bl. f. RA. Bd. XX S. 380) aufs neue dargelegt. Dann fahren die Gründe fort: Die beiden vernommenen Zeugen sind klassisch; ihre für jedes Jahr einzeln stehende Aussage ergänzt noch den aus den Rechnungen und den übrigen Urkunden hervorgehenden Beweis. Wenn die Anmerk. z. GO. Kap. X §. 17 lit. e am Schlusse es in das Arbitrium der Richter stellen, ob testes singulares adminiculativi soweit konjungirt und verschmolzen werden können, daß eine vollständige Probe herauskömmt, so muß dasselbe nur desto mehr noch von dem Zusammentreffen einer Zeugenaussage mit einem mangelhaften Urkundenbeweise gelten.

Hiemit vereinigen sich noch folgende Nebenbehelfe: a) .... b) daß der Beklagte seinen Widerspruch gegen die Klage gleich anfangs sichtbar nur auf Schrauben gestellt hatte, indem er denselben hinter die Worte: „als reale Abgabe" versteckte, was er im Eingange seiner Berufung den Angelpunkt des ganzen Rechtstreites nennt; c) daß dem Beklagten, persönlich anwesend, in seiner Frage an den Zeugen X. das ausdrückliche Geständniß entschlüpfte, das streitige Gefäll bezahlt zu haben, was er fortwährend widersprochen hatte, woraus erhellet, daß letzteres blos ein prozessualer Kunstgriff seines Anwaltes war, so daß ihn nun mit Recht nach Anleitung des fr. 4 pr. de interr. in jure (11, 1)

die verdiente Folge trifft: mentiendo sese oneravit.

Der Inbegriff all' dieſer Beweiſe, ihr innerer Zuſammenhang und ihre genaue Uebereinſtimmung ſind geeignet, einen ſo tiefen und nachhaltigen Eindruck auf die richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, daß ein vernünftiger Zweifel an dem Inhalte des Beweisthema nicht wohl möglich iſt. Da nun die GO. für die Würdigung des zuſammengeſetzten Beweiſes keine beſonderen Regeln aufgeſtellt hat, ſo iſt alles in dieſem Belange dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen, weßhalb bei hergeſtellter voller Gewißheit von der formalen Zugabe eines für das Weſen der Sache ſelbſt nutzloſen Erfüllungseides billig Umgang zu nehmen war. Indem die GO. Kap. IX §. 13 am Schluſſe keinen Theil an ſeinen Behelfen allzuſehr eingeſchränkt oder verkürzt ſehen will, hat ſie allen Richtern die Pflicht auferlegt, den dargebotenen Beweiſen alle Beweglichkeit zu verleihen, welche mit der Abſicht und dem Wortlaute der Geſetze vereinbar ſind.

OAGE. v. 26. Mai 1856 in Sachen: Crailsheim g. Höfer. RNr. $319^{54}/_{55}$.

****.

3.

Beweislaſt in Realgewerbsſtreiten.

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir, was folgt.

„Dem Vorbringen der Parteien zufolge muß als thatſächlich feſtſtehend angenommen werden, daß ſeit 1809 der Vater des Beklagten und dieſer ſelbſt das fragliche Gewerb ausgeübt haben, und zwar in realer Eigenſchaft, daß alſo Beklagter Beſitzer iſt..... Nun iſt es aber ein allgemeiner Grundſatz, daß der Beſitzer ſeinen Rechtsgrund anzugeben

nicht verbunden, daher von der Beweislast frei ist. Nur für diejenigen Fälle wurde dieses in Zweifel gezogen, wenn es sich von dem Besitze der Beschränkung eines seiner Natur nach unbeschränkten Rechts, wie es das Eigenthumsrecht ist, handelt. In diese Klasse gehören aber reale Gewerbsrechte nicht. Der Besitz eines solchen entzieht dem Besitzer eines gleichen Rechts keinen Bestandtheil der darin enthaltenen Befugnisse in der Art, wie der Besitz einer Servitut Bestandtheile des Eigenthumsrechts mehr oder weniger aufhebt. In einem die Koexistenz realer Gewerbsrechte derselben Art betreffenden Streit muß sohin immer der Grundsatz seine Wirkung haben, daß der Besitzer causam possessionis zu doziren nicht verbunden ist. — Daß auf diese Art probatio negativa (das Gewerbe des Beklagten sei kein reales) übernommen werden muß, ist eine unabwendbare Folge jenes civilrechtlichen Grundsatzes, welchen auch das bayer. Landrecht Th. II. Kap. 5 §. 8 Nr. 3—7 adoptirt hat, nach dessen Bestimmung hier also auch die GO. Kap. IX §. 3 Nr. 3 erläutert und verstanden werden muß."

OAGE. v. 12. Febr. 1856. Nr. $1355^{53}/_{24}$.

4.

Forderungen an die Staatskasse. Erlöschung nach §. 31 des Finanzgesetzes von 1831.

Vgl. Bd. V S. 78.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Der §. 31 hat bloß Forderungen an die Kassen zum Gegenstand, sohin bereits als liquid anerkannte, bei der Kasse zur Zahlung angewiesene Forderungen, zu welchen die hier in Frage befindliche nicht gehört.

OAGE. v. 6. Febr. 1855. Nr. $673^{52}/_{53}$.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 27. Sept. 1856. 21. Jahrgang. № 20.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Vollständige Bezahlung im Sinne des Hypothekengesetzes §. 64 Absatz 3. — Heimsteuerforderung des Mannes nach dem Tode der Frau. — Testaments-Erklärung durch einen Beistand. — Tafernrecht. Konstatirung radizirter Eigenschaft. Kompetenz. — Dotations-Berechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist. — Geständniß im Strafverfahren. Wirksamkeit im Civilprozesse. — Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. — Berichtigung. —

„Vollständige Bezahlung im Sinne des Hypothekengesetzes §. 64. Absatz 3."

Ueber diese Frage ist in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XIX S. 30 ein Erkenntniß des kgl. AG. in Freising mitgetheilt, welches sich dahin ausspricht, daß die in §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Ges. vom 1. Juni 1822 dem jüngern das Einlösungsrecht geltend machenden Hypothekgläubiger gegenüber dem ältern obliegende Verbindlichkeit der vollständigen Befriedigung sich nur auf die prioritätsurtheilsmäßigen Ansprüche, nur auf die privilegirten nach §. 16 der Prioritätsordnung in die II. Klasse zu lozirenden, nicht aber auf die ältern Zinsrückstände und die Kosten erstreckt. Da diese Frage zu den Kontroversen gehört, und mir in neuester Zeit oberrichterliche Erkenntnisse bekannt geworden sind, welche sich für die gegentheilige Ansicht aussprechen, daß nämlich im Falle des §. 64 Abs. 3 der jüngere Hypothekgläu-

biger den ältern, welcher seinerseits ebenfalls vom Einlösungsrechte Gebrauch gemacht hat, auch bezüglich der nichtprivilegirten Zinsen und Kosten vollständig befriedigen müsse, da ferner diese Frage von praktischer Wichtigkeit ist, so möge es verstattet sein, auf dieselbe etwas näher einzugehen.

In den Motiven eines mir vorliegenden Erkenntnisses des kgl. AG. von Schwaben und Neuburg vom 11. Sept. 1855, welches sich gegen die Eingangserwähnte Ansicht ausspricht, wird sich auf Gönners Kommentar zum Hyp.-Ges. Bd. I S. 537 bezogen, wornach der neuere Gläubiger, welcher das Einlösungsrecht ausübt, vor dem ältern, welcher es gleichfalls ausgeübt hat, den Vorzug nur in Folge des Ablösungsrechts, juris offerendi, nach §. 63 des Hyp.-Ges. soll erlangen können.

Zum §. 63 führt Gönner a. a. O. S. 513 Nr. 8 an, daß der abzulösende Gläubiger vollständig an Kapital, Zinsen und Kosten befriedigt werden müsse.

Obgleich sich nun die im letzterwähnten Erkenntnisse ausgesprochene Ansicht auf die gewichtige Autorität Gönners stützt, so glaube ich doch, daß der entgegengesetzten, wornach der Ausdruck „vollständige Bezahlung" sich nur auf Kapital und privilegirte Zinsen erstreckt, der Vorzug zu geben sein dürfte, und zwar aus nachstehenden Gründen:

1) Der Wortlaut des §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Ges. scheint auf den ersten Anblick allerdings dafür zu sprechen, daß der jüngere, das Einlösungsrecht ausübende Hypothekgläubiger den ältern auch bezüglich der nicht privilegirten Zinsen und der Kosten befriedigen müsse.

Allein man darf den Abs. 3 des §. 64 des Hyp.-Ges. nicht aus seinem Zusammenhange reißen und für sich allein betrachten, sondern nur im Zu-

sammenhange mit den übrigen Bestimmungen dieses Paragraphen und dem ganzen Geiste des Hyp.-Ges. und der Prioritätsordnung. Hier fällt vor Allem auf, daß das Gesetz das Einlösungsrecht außer dem Universalkonkurs nur allein dem Hypothekgläubiger einräumt. Wir haben es also nur mit Hypothekforderungen zu thun, und wenn das Gesetz von vollständiger Befriedigung des vorgehenden Hypothekgläubigers spricht, so hat es gewiß nur die Hypothekforderungen desselben und nicht auch dessen allenfallsige Kurrentforderungen im Auge gehabt.

Die Hypothek erstrekt sich nun aber bekanntlich nur auf das Kapital und die privilegirten Zinsen hieraus. §. 42 des Hyp.-Ges. Die nicht privilegirten Zinsen und die Kosten erscheinen als bloße Kurrentforderungen. Der Gesetzgeber hat das Einlösungsrecht nur zur Sicherung der Hypothekforderungen eingeräumt, er hat es eben deßhalb nur dem Hypothekgläubiger gegeben. Es läge eine große Inkonsequenz darin, wenn der jüngere Hypothekgläubiger nicht bloß die ihm vorgehende Hypothekforderung des ältern Hypothekgläubers, welcher dieses Recht ebenfalls ausgeübt hat, vollständig befriedigen müßte, sondern auch die ihm nachgehende Kurrentforderung desselben, nämlich die nicht privilegirten Zinsen und Kosten.

2) Wenn der einlösende Gläubiger mehrere verschiedenen Rang habende Hypothekforderungen hat, so muß er sich darüber aussprechen, bezüglich welcher dieser Hypothekforderungen er das Einlösungsrecht ausüben will. Wenn z. B. ein Hypothekgläubiger das Einlösungsrecht bezüglich einer im fünften Rang eingetragenen Hypothekforderung ausübt, und derselbe Gläubiger noch eine weitere Hypothekforderung hat, welche im siebenten Range eingetragen ist, und wenn dann ein im achten Range eingetra-

gener Hypothekgläubiger ebenfalls das Einlösungsrecht ausübt, so ist dieser im Falle der Unzureichenheit des Meistgebotes gewiß nur verpflichtet, den ältern Hypothekgläubiger hinsichtlich der im fünften Rang eingetragenen Hypothekforderung vollständig zu befriedigen, nicht aber braucht er auch die im siebenten Range eingetragene Forderung des ältern Hypothekgläubigers, bezüglich welcher derselbe das Einlösungsrecht gar nicht ausgeübt hat, zu befriedigen.

Nun kann aber das Einlösungsrecht außer dem Universalkonkurs bezüglich einer bloßen Kurrentforderung gar nicht ausgeübt werden, folglich ist unter vollständiger Befriedigung des ältern Hypothekgläubigers nur die Befriedigung der in II. Klasse zu lozirenden Hypothekforderung zu verstehen d. h. also des Kapitals und der privilegirten Zinsen; bezüglich der in fünfter Klasse zu lozirenden ältern Zinsen und der Kosten kann außer dem Universalkonkurse das Einlösungsrecht gar nicht ausgeübt werden, zur Sicherung dieser nicht privilegirten Forderungen ist daher das Einlösungsrecht auch nicht gegeben.

Setzen wir den Fall, daß das Meistgebot für ein im Zwangswege versteigertes Anwesen den Schätzungspreis übersteige, und gerade so viel betrage, daß sämmtliche Hypothekkapitalien und privilegirte Zinsen vollständig befriedigt würden, so müßte sich auch der erste Hypothekgläubiger den Verlust der nicht privilegirten Zinsen und Kosten gefallen lassen, weil er ja in diesem Falle das Einlösungsrecht gar nicht ausüben könnte.

Sollte er nun besser daran sein, wenn dieses Meistgebot etwa nur die Hälfte beträgt, also weit weniger Mittel gegeben sind, zur Befriedigung der Gläubiger? Soll er befriedigt werden für nicht privilegirte Forderungen zum Nachtheil der privilegirten?

3) Der Erlös der Hypothekenobjekte ist zunächst bestimmt zur Befriedigung der Hypothekgläubiger, welche ein dingliches Recht darauf haben; bloße Kurrentforderungen haben auf diesen Erlös so lange keinen Anspruch, als noch Hypothekforderungen vorhanden sind. Es wäre also gewiß inkonsequent und dem Geiste des Hyp.-Ges. widersprechend, wenn im Falle der Unzureichenheit der Masse ein Gläubiger für nicht privilegirte Zinsen und Kosten also für eine bloße Kurrentforderung aus der Immobiliarmasse befriedigt würde, während Hypothekgläubiger, welche doch ein ausschließendes Recht auf diese Masse haben, leer ausgehen.

4) Das Einlösungsrecht ist keineswegs identisch mit dem jus delendi und ebensowenig mit dem jus offerendi. Der Satz Gönners, den übrigens auch Lehner in seinem Lehrbuche des Hypothekenrechtes Thl. I §. 116 aufstellt, daß der neuere Hypothekgläubiger bei Geltendmachung des Einlösungsrechtes den Vorzug vor dem ältern nur in Folge des Ablösungsrechtes, juris offerendi ansprechen könne, scheint mir daher ein gänzlich unhaltbarer, welcher im Hyp.-Ges. seine Begründung nicht findet.

5) Indem das Hyp.-Ges. nur den privilegirten Zinsen das Vorzugsrecht des Hypothekkapitals einräumt, will es verhindern, daß ein Gläubiger allzuhohe Zinsrückstände anwachsen lasse und dadurch die nachfolgenden Hypothekgläubiger an ihren Kapitalien Verlust leiden. Es wäre eine Prämie auf die Nachlässigkeit des Hypothekgläubigers in Beitreibung der verfallenen Zinsen, wenn der §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Ges. den von Gönner angeführten Sinn hätte.

Die Geltendmachung des Einlösungsrechtes hat keinen Einfluß auf das Vorzugsrecht einer Forderung. Dadurch daß auch der ältere Hypothekgläubiger das Einlösungsrecht seinerseits geltend macht,

erwirbt er bezüglich der nicht privilegirten Zinsen und Kosten kein Vorzugsrecht, sondern er kann vom jüngern Hypothekgläubiger nur die vollständige Befriedigung derjenigen Forderungen verlangen, welche ihm vorgehen.

Aus diesen Gründen glaube ich, daß die in Bd. XIX S. 30 dieser Blätter allegirte Entscheidung der vorwürfigen Frage die richtige ist und die vollständige Befriedigung sich nur auf die privilegirten in II. Klasse zu lozirenden Ansprüche zu erstrecken habe. Advokat Fleißner.

Nachschrift. Ein in diesem Sinne ergangenes OAGE. vom 18. Juli 1856 (Nr. $1309^{55}/_{58}$) wird demnächst mitgetheilt werden.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Heimsteuerforderung des Mannes nach dem Tode der Frau. Würzburger Recht.

Aus der Begutachtung eines Rechtsfalles in III. Instanz entnehmen wir, was folgt:

Nach der gesetzlichen Vorschrift der fränkischen Landgerichtsordnung Th. III Tit. 98 §. 1 sind die Eltern ihren Kindern, welche sich noch in ihrer Gewalt befinden, zur Zeit des Verheirathens ein Heirathgut zu geben schuldig. Den Kindern ist also durch diese gesetzliche Bestimmung ein vermögensrechtlicher Anspruch an ihre Eltern verliehen. Der Anspruch auf ein Heirathgut und auf eine bestimmte Größe desselben ist kein solcher, der sich nicht von der Person des Forderungsberechtigten trennen läßt, sondern er bildet einen Theil seines Vermögens; von höchst persönlicher Art ist nur das zwischen Eltern und Kindern durch die Erzeugung entstandene Ver-

wandtschaftsverhältniß, nicht aber die dadurch begründeten Forderungsrechte am Vermögen der Eltern . . . . . .

Die den Eltern obliegende Verbindlichkeit zur Verabreichung einer Heimsteuer ist in der Verpflichtung, ihren Kindern zu ehelichen Heirathen zu verhelfen (LGO. Tit. 106 §. 3), gegründet. Durch das Heirathgut sollen den Eheleuten die Mittel gegeben werden, die mit dem Ehestande verbundenen Lasten zu bestreiten. Hat die Tochter bei ihrer Verheirathung von ihrem Vater eine Heimsteuer noch nicht erhalten, so bleibt dieser vermögensrechtliche Anspruch auch während der Ehe fortdauernd wirksam. Ist zwischen den Eheleuten durch die in der Ehe erzeugten Kinder das Rechtsverhältniß einer allgemeinnen ehelichen Gütergemeinschaft herbeigeführt worden, so sind alle Vermögensrechte der beiden Eheleute, sie mögen von der Frau oder von dem Manne erworben worden sein, nach Tit. 90 §. 1 ein gemeinsames Gut. Vgl. Tit. 96 §. 5. Dem Ehemanne steht die Befugniß zu, dieses Vermögen zu verwalten, und die darauf Bezug habenden Rechte gerichtlich zu verfolgen und geltend zu machen.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehemann bei Lebzeiten der Ehefrau die Klage auf Verabreichung eines Heirathgutes zu erheben vollkommen legitimirt wäre. In einem OAGE. v. 20. Febr. 1846 (Nr. $164^{43}/_{44}$.)

Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 368

ist hiemit übereinstimmend auch bereits ausgesprochen worden, daß durch den Umstand, daß in dem Ehevertrage die Braut resp. Frau als die Person bezeichnet ist, welche die Heimsteuer zu erhalten habe, der Mann bei noch andauernder Ehe weder gehindert werde, auf deren Entrichtung Klage zu erheben, noch dabei an den Konsens der Frau gebun-

den sei, so daß selbst der Dissens derselben, ihre Zustimmung zu der Entrichtungsweigerung von Seite des Beklagten, dem klagenden Manne nicht im Wege stehe. Diese Befugniß ist dem Ehemanne im Tit. 101 §. 2, 3 ausdrücklich eingeräumt [1]); denn es heißt daselbst:

> Wenn innerhalb 2er Monate das Heirathgut nicht vergnüget und bezahlt wird, so mag der Ehemann, als der die Bürde der Ehe trägt, das Heirathgut in der Güte oder mit Recht einfordern und einbringen.

. . . . . Es ist daher nur noch zu erwägen, ob diese Befugniß des Klägers nicht durch den Tod der Ehefrau eine Aenderung erleidet; denn das Heirathgut soll dazu dienen, den Aufwand des Ehestandes zu bestreiten, durch den Tod eines Ehegatten wird aber die Ehe aufgelöst. Allein im Falle, wenn der verstorbene Ehegatte leibliche Kinder hinterlassen hat, hören die durch die Eingehung bereits begründeten und erworbenen Rechte nicht auf; das Rechtsverhältniß der durch die Kindererzeugung eingetretenen ehelichen Gütergemeinschaft dauert (in seinen Wirkungen) fort; der Zweck, zu welchem das Heirathgut gefordert wird und gegeben werden soll, ist noch fortwährend vorhanden; der gemeinschaftliche Haushalt, welchen der Vater mit den von der verlebten Ehefrau geborenen Kindern fortführt, verursacht unvermeidliche Kosten und Ausgaben, der überlebende Ehegatte ist nach Tit. 90 §. 3 verbunden, die Kinder von dem gemeinen Gute zu unterhalten, in Ehrbarkeit zu

---

[1]) Und zwar nach Inhalt des Tit. 101 ohne Unterschied der Fälle, ob das Heirathgut auf Grund gesetzlicher Vorschrift oder ausdrücklicher Zusicherung gefordert wird; obwohl die Ueberschrift des Titels nur der versprochenen Heirathgüter erwähnt.

erziehen, ihrem Stande angemessene Künste und Gewerbe lehren zu lassen, und sie dereinst auszusteuern. Um diese ihm aufgelegten Pflichten zu erfüllen, muß der Ehemann, welcher nach dem Ableben seiner Frau der alleinige Eigenthümer des gesammten ehelichen Vermögens in dem Maße verbleibt, daß den Kindern an des verstorbenen Vaters oder Mutter Gut ein bestimmter Antheil in so lange nicht zusteht, als die Theilung von dem überlebenden Ehegenossen nicht verwirkt oder anerboten ist, — auch befugt sein, die seiner Ehefrau zugestandenen Vermögensrechte geltend zu machen.

Auf dieses Klagerecht ist auch der Umstand ohne Einfluß, daß der Kläger zur Wiederverehelichung geschritten ist; denn es sind bei derselben die erstehelichen Kinder — die Enkel des Beklagten — von dem väterlichen und mütterlichen Vermögen nicht abgetheilt, sondern sie sind vereinkindschaftet worden, es ist daher eine unrichtige Behauptung des Beklagten, daß mit dem Uebertritte des Klägers zur zweiten Ehe alle Rechtsverhältnisse aus voriger Ehe als abgeschlossen zu betrachten seien; die Einkindschaftung hat vielmehr diese vermögensrechtlichen Verhältnisse aufrechterhalten.....

Dieser Ausführung entsprechend ist in den Motiven des OAGE. v. 1. Sept. 1855 die Annahme, daß nur der verlebten Ehefrau des Klägers das Recht zugestanden habe, eine Heimsteuer von ihrem Vater zu verlangen und einzuklagen, und daß durch ihren Tod und durch den vom Kläger mit seiner zweiten Ehefrau errichteten Einkindschaftsvertrag alle rechtlichen Wirkungen der in erster Ehe bestandenen allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft aufgehört hätten, — für unrichtig erklärt worden.

OAGAkten Nr. $222^{53}/_{54}$.

2.

Testaments-Erklärung durch einen Beistand.

Vgl. unten S. 455.

Das zu Gerichts-Protokoll erklärte Testament der M. B. Gehr wurde von den Intestaterben unter andern aus dem Grunde angefochten, daß der Inhalt des Testaments nicht von der Testirerin selbst, sondern von dem als Beistand miterschienenen N. Alt zu Protokoll gegeben worden sei, ohne daß die G. bei ihrer Taubheit dessen Erklärung habe hören können. Dieser Anfechtungsgrund wurde oberstrichterlich für unerheblich erachtet. Motive:

Es ist ein durchaus wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit eines öffentlichen Testamentes, daß dasselbe in Gegenwart und auf die Erklärungen des Testirers hin von der Gerichtskommission aufgenommen wird, weil nur unter dieser Voraussetzung Gewißheit darüber besteht, daß dasselbe dessen wahren und eigenen Willen enthält und konstatirt. Unstatthaft ist daher die Stellvertretung beim Testiren durch einen Bevollmächtigten; denn bei einem solchen, auch seine größte Gewissenhaftigkeit vorausgesetzt, bleibt es immer zweifelhaft, ob er die wirkliche Willensmeinung des Testirers richtig aufgefaßt und zu Protokoll gegeben hat; und zudem wäre hiedurch der Täuschung und dem Betruge ein um so bedenklicherer Spielraum eröffnet, da das Testament erst mit dem Tode des Erblassers in Wirksamkeit und in der Regel in die Oeffentlichkeit tritt, und alsdann die einzige Person nicht mehr existirt, welche die etwa vorhandenen Unrichtigkeiten in der öffentlichen Urkunde zu berichtigen im Stande wäre.

Dieses Grundsatzes ungeachtet bleibt es dem Testirer unbenommen, sich eines Beistandes, einer Mittelsperson zu bedienen, und durch deren Organ

seinen letzten Willen der Gerichtskommission kund geben zu lassen, wenn nur diese Mittheilung und die Protokollirung derselben in seiner Gegenwart stattfindet, und er das Protokoll nach Kenntnißnahme von dessen Inhalt genehmigt.

Unter dieser Voraussetzung kann nämlich kein vernünftiges Bedenken darüber obwalten, daß nichts Anderes als der Wille des Testirers gerichtlich beurkundet wurde, und das zu diesem Ende errichtete Protokoll muß deßhalb eben so gültig und rechtswirksam erachtet werden, als wenn dessen Inhalt der Gerichtskommission unmittelbar durch den Mund des Testirers eröffnet worden wäre.

In dem Eingange des angefochtenen Testamentes ist nun erwähnt, daß die M. B. Gehr in Person vor der Gerichtskommission erschienen ist und vorgetragen hat, daß sie ihren letzten Willen zu gerichtlichem Protokoll geben wolle, und den anwesenden N. Alt (wegen ihrer bedeutenden Harthörigkeit) als Beistand mitgenommen habe. Alsdann finden sich deren letztwillige Verfügungen niedergeschrieben, als ob sie unmittelbar von ihr selbst diktirt worden wären, und endlich ist am Schlusse des Protokolls beurkundet, daß ihr das Testament langsam und deutlich vorgelesen wurde, und daß sie erklärte, nichts beizusetzen oder daran zu ändern zu haben.

Es ist somit die ununterbrochene Anwesenheit der Testirerin während der Testamentserrichtung, deren Kenntnißnahme von dem Inhalte des Protokolles und ihre ausdrückliche Genehmigung desselben durch die öffentliche Urkunde konstatirt, und es erscheint demgemäß nach dem Obengesagten für den Rechtsbestand der letztwilligen Verfügung ganz unerheblich, ob N. Alt bei der Verhandlung in der von den Klägern behaupteten Weise thätig war oder nicht.

Es will zwar die Erheblichkeit der Beweisauflage in Betreff der Behauptung:

Daß nicht M. B. Gehr sondern N. Alt das fragliche Testament zu Protokoll erklärt habe, —

durch die Erwägung begründet werden, daß im Falle der Erbringung dieses Beweises das Testament, nach dessen Abfassung die Testirerin selbst und unmittelbar ihren letzten Willen zu Protokoll gegeben zu haben scheint, ein Falsum enthalte, und aus diesem Grunde unglaubwürdig und nichtig sei. Diese Argumentation ist aber unstichhaltig, weil die entscheidende Frage nur die sein kann, ob das Protokoll wirklich den letzten Willen der Testirerin enthält, während die Formulirung der Willenserklärung und die Nichterwähnung des Umstandes, daß sich die Testirerin eines Organs, einer Mittelsperson zur Verständigung der Gerichtskommission bediente, etwas ganz Unwesentliches ist, und daher auf die Gültigkeit des Protokolles keinen Einfluß äußern kann.

Nach dem Vorbringen, es habe die Testirerin bei ihrer Taubheit weder die Erklärung des N. Alt hören, noch das Protokoll beim Vorlesen verstehen können, ist noch die Frage aufzuwerfen, ob nicht die gedachte Beweisauflage [1]) mit dem (eventuell beantragten) Zusatz aufrecht zu erhalten sei: die Testirerin sei in so hohem Grade harthörig gewesen, daß sie das Vorlesen des Testamentsprotokolles nicht habe verstehen können. Allein dieses Assert der Kläger findet sich dadurch widerlegt, daß in dem Protokolle konstatirt ist, die Gerichtskommission habe sich mit der Testirerin in ein Gespräch eingelassen und sich dabei überzeugt, daß sich dieselbe bei ganz gesunder Vernunft befinde, was nothwendig ein Hören und Verstehen der an sie gerichteten Fragen und

---

[1]) Auf welche in den beiden ersten Instanzen erkannt worden.

passende Antworten darauf voraussetzt. Es kann deshalb das fragliche Assert keine weitere Beachtung finden, besonders da die bezügliche Stelle des Protokolles von Seite der Kläger nicht mit Widerspruch belegt worden ist.....

OAGE. v. 4. März 1856. Nr. $294^{55}/_{56}$.

3.

Tafernrecht. Konstatirung radizirter Eigenschaft. Kompetenz.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

„Der zur Beurtheilung vorliegende Antrag bezweckt nicht die Konstatirung der Realität des fraglichen Tafernrechtes, sondern dessen radizirter Eigenschaft. Allerdings nun wird dieß nach dem Gewerbsgesetze v. 1825 Art. 4 Nr. 5 in Verbindung mit Nr. 2 lediglich dadurch bedingt, daß die Tafern zur Zeit der Publikation dieses Gesetzes mit den dazu erforderlichen Einrichtungen bereits bestand, ohne daß darauf etwas ankommt, ob sie bis dahin etwa nur auf Konzession beruht hatte.

Allein die Frage, ob bei einer Wirthschaft die Erfordernisse nach dem angef. Art. 4 Nr. 5 im Jahre 1825 existirten, damit jene als radizirt fortbestehen könne, ressortirt nicht zu den Gerichten. Sie wurde der richterlichen Kognition nicht nur nirgends unterstellt, sondern in der Vollzugsinstruktion v. 28. Dez. 1825 unter Nr. 2.

Döllinger Verordnungs-Sammlung Bd. 14 Th. 3 S. 1042

ausdrücklich den Gewerbspolizeibehörden überwiesen. Daher spricht auch das Ministerialreskript v. 28. Aug. 1835, auf welchem das Konstatirungsverfahren in der Praxis der Gerichte beruht, von den radizirten Gewerbsrechten überhaupt gar nicht.

S. auch das Erk. des obersten Gerichtshofs

v. 18. Januar 1853 im Reg.-Bl. v. 1853 St. 9 S. 165.

Nur die Wirthschaftsrechte, welche von Seite der Gewerbspolizeibehörde als im Jahr 1825 radizirt anerkannt und dem Kataster einverleibt worden, sind dann als Vermögensrechte gemäß Art. 4 Nr. 2 des Gewerbsgesetzes nach den Civilgesetzen zu beurtheilen."

OAGE. v. 26. Januar 1856. Nr. $826^{53}/_{54}$.

4.

Dotations-Berechtigung eines Kindes, dem ein Voraus ausgemacht ist.

Würzburger Recht.

In der drittinstanzlichen Begutachtung eines Rechtsfalles kam hierüber vor:

Die Tochter, welcher bereits vermöge ihrer Vereinkindschaftung ein Voraus festgesetzt wurde, ist nicht schuldig, diesen Voraus, welchen ihr der Vater bei ihrer Verheirathung in der von ihm gehegten Absicht verabfolgte, um hiemit die Tochter zugleich bezüglich ihres Heirathgutes abzufertigen, in der Eigenschaft eines Heirathgutes anzunehmen, weil der Vater nach (Th. III) Tit. 98 §. 2 der fränk. LGO. verbunden ist, den Kindern bei ihrer Verheirathung nicht nur den Voraus, sondern auch aus andern Gütern etwas Ferneres zum Heirathgute zu geben. Wenn also die ausgehändigten 800 fl. Voraus zugleich die Stelle des Heirathgutes mitvertreten sollten, so konnte dieses nicht anders als mit besonderer Zustimmung und Einwilligung seiner Tochter geschehen; denn der Voraus gebührte der Tochter kraft des Einkindschaftsvertrages, die Heimsteuer aber kraft der gesetzlichen Bestimmung des Statutarrechtes.....

Dieser Ausführung entsprechend heißt es in

den Motiven des OAGE. v. 1. Sept. 1855: Eltern sind unter Umständen auch in dem Falle zur Verabreichung eines Heirathgutes verbunden, wenn Kindern in Folge vorausgegangener Vereinkindschaftung bereits ein Voraus-Vermögen festgesetzt worden ist, welches ihnen bei ihrer Verheirathung ausgehändigt werden soll.....

OAGAkt. Nr. $222^{53}/_{54}$.

5.

Geständniß im Strafverfahren. Wirksamkeit im Civilprozesse.

Vgl. Bd. I S. 47.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Aus dem strafgerichtlichen Erkenntnisse des Kr. und StG. Würzburg geht hervor, daß Rosine H. die Thatsache eingeräumt und zugestanden, sie habe bereits vor dem Beischlafe mit dem Beklagten X. den Beischlaf mit dem Zimmergesellen W. vollzogen, dieselbe Thatsache, über welche sie im Civilverfahren den Eid dahin abgeleistet hatte, daß sie sich vor dem mit X. gepflogenen Beischlafe andern Mannspersonen nicht preisgegeben habe.....

Dieses Geständniß bildet einen neuen, vorher noch nicht bekannt gewesenen Beweisgrund, durch welchen auch im Civilverfahren der beweispflichtige Theil von jeder Beweisführung befreit wird; was eine Partei sich zum Nachtheile, dem Gegner zum Vortheile als wahr und richtig einräumt, ist als vollbewiesen, als juristisch gewiß anzunehmen. GO. Kap. XII §. 1.

Der Umstand, daß das Geständniß in dem Strafverfahren abgelegt wurde, ist der civilrechtlichen Wirksamkeit desselben nicht hinderlich. Die Folgen eines in einer Kriminalsache abgelegten Geständniß-

ses sind in die Lebensverhältnisse so tief eingreifend, daß die Annahme wohl gerechtfertigt ist, dasselbe sei mit reiflicher Ueberlegung und mit wohlbedachtem Entschlusse abgelegt worden; denn ohne besonderen Grund läßt sich nicht denken, daß sich Jemand durch ein falsches Geständniß ein unverdientes Uebel zuziehen, und seiner bürgerlichen Ehre verlustig machen werde.

Es sind daher die Einwendungen, daß das Geständniß nicht vor dem kompetenten Civilrichter, nicht dem Gegner (Beklagten) gegenüber, und nicht mit der Absicht, bezüglich der Entschädigungsforderung einen Rechtsanspruch aufgeben zu wollen (animo confitendi), abgelegt worden, von keiner Erheblichkeit.

OAGE. v. 11. April 1856 Nr. $1341^{54}/_{55}$.

6.

Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist.

Preuß. LR. Th. I Tit. 9 §§. 383—5, 406, 400—12, 420—1; Tit. 16 §§. 378, 396.

Die von dem Erben nach Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf; eine solche Entsagung kann nicht nach den für Erbschaftsentsagungen gesetzlich gegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für die letzteren geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 25. Nov. 1853. Entsch. d. OT. Bd. 26 S. 253.

Berichtigung. Im Komment. zur GO. Bd. III Aufl. II S. 178 Note 23 Z. 4, 5 statt „XVI S. 298" lies „XIII S. 398."

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 11. Okt. 1856. 21. Jahrgang. № 21.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer. — Verbindung des **Possessorium ordinarium** und des **Petitorium**; das letztere immer nur aushülfsweise zu verstehen. — Benützung des Telegraphen im Kaufmännischen Verkehr. — Statuten-Kollision. Briefliche Injurien. — Erlöschung von Realgewerbsrechten durch Nichtausübung. — Gewerbskaduzität. Geltungsgebiet der Verordnung vom 8. Febr. 1811. — Hausbau auf fremdem Grundstück, mit Einwilligung des Eigenthümers. — Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist. — Dreißigjährige Nichtausübung als Erlöschungsgrund bei Realgewerbsrechten. —

Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer.

Das durch §. 52 des Hyp.-Ges. einem Gläubiger gegebene Rechtsmittel zeichnet sich bekanntlich inmitten unseres sonst etwas schwerfälligen Prozeßrechtes durch eine wahrhaft zeitgemäße, d. h. den Interessen des heutigen Verkehrs entsprechende, Raschheit und Energie des Verfahrens aus. Es wird daher nicht zu verwundern sein, wenn einem Angriffe gegen die bisher im Ganzen unbeanstandete Ausdehnung dieses Rechtsmittels, wie ihn Herr Staatsanwalt Kleiner in Nr. 7 dieser Blätter geführt hat, besonders aber, wenn derselbe mit so scharfen Waffen und von so kundiger Hand unternommen wird, allseitig mit Widerlegungen begegnet werden will, und vielleicht bewegt die der Perle des bayerischen Prozesses drohende Gefahr auch die verehrliche Redaktion dazu, ausnahmsweise die Schranken für ein Kontroversenturnier zu öffnen. So entschloß sich denn auch Schreiber dieser Zeilen seinen kleinen Beitrag zu der in Frage stehenden Verthei-

digung zu liefern, und hierin besonders diejenigen Punkte hervorzuheben, welche der Herr Herausgeber in seiner Nachschrift unberührt gelassen hat.

Herr Kleiner stellt zuerst auf, daß schon durch den Wortlaut des §. 52 cit. die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen werde, weil daselbst nur vom „Schuldner" die Rede sei. Hiegegen wurde schon in der allegirten Nachschrift mit Recht hervorgehoben, daß höchstens aus jener Ausdrucksweise gefolgert werden könne, man habe bei der Redaktion des Gesetzes an einen dritten Besitzer nicht gedacht, daß hiemit aber noch keineswegs der Ausschluß desselben evident gestellt sei, vielmehr ein derartiger Ausschluß, wenn beabsichtigt, sicherlich auch ausdrücklich verordnet worden wäre. Allein ich gehe noch weiter und behaupte, daß unter dem „Schuldner" schon an und für sich und von vornherein der dritte Besitzer begriffen ist, indem hier, wie nicht selten im Hypothekengesetze [1]), unter Schuldner nicht der persönliche, einfache Obligationsschuldner, sondern der Hypothekschuldner verstanden werden muß. Hypothekschuldner ist aber der durch eine Hypothekschuld Verpflichtete. Was nun eine Hypothekschuld sei, darüber gibt §. 42 des Hyp.-Ges. genügenden Aufschluß, indem derselbe über den Umfang der Hypothek Folgendes bestimmt:

„Die Hypothek erstreckt sich gegen den Schuldner sowohl, als gegen jeden dritten Besitzer der Sache, nebst dem Kapital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn dasselbe als ein verzinsliches im Hypothekenbuche eingetragen ist."

---

[1]) Vgl. z. B. §. 53 a. E. §. 63 Abs. 1 §. 64 Abs. 4 §. 84 ꝛc. Wohin würde man gelangen, wollte man alle diese Stellen nur von dem ursprünglichen persönlichen Schuldner verstehen!

Soweit also hiernach der dritte Besitzer auch bezüglich der Rückstände haftet, ist er eben wegen dieser seiner Haftung ein Schuldner, und speciell ein Hypothekschuldner.

Es erleidet deßhalb schon dem Wortlaute nach der §. 52 cit. auch auf ihn Anwendung. —

Ein weiteres Gewicht wird von Herrn Kleiner auf die Eintheilung und Reihenfolge der §§. 42—58 des Hyp.-Ges. gelegt. Außer dem, was gegen seine Ansicht bereits in der Nachschrift über den Gegensatz jener Gesetzesabtheilungen untereinander ausführlich dargelegt wurde, möchte noch zu bemerken sein, daß sich keineswegs behaupten läßt, es werde zuerst lediglich vom persönlichen Schuldner und dem gegen diesen zustehenden privilegirten Verfahren, und dann erst vom dritten Besitzer gesprochen. Im Gegentheile ist bereits im Eingange des ganzen Abschnittes, in §. 42, bei der Feststellung des Umfanges einer Hypothekforderung, gerade in Bezug hierauf des dritten Besitzers schon gedacht worden, und mit Recht läßt sich aus diesem Umstande die Folgerung ableiten, daß der im Vorausgehenden präzisirte Umfang und Begriff für alle weiteren nachfolgenden Bestimmungen maßgebend sein soll.

In wie ferne aber die — zudem auf bestrittener Auslegung beruhende — Verordnung des §. 52, daß nur die Zinsen aus den zwei vorhergehenden Jahren, nicht auch die Zinsrate aus dem laufenden Jahre, mit der Hypothekenzinsklage verlangt werden können, auf den dritten Besitzer „nicht passe," dürfte kaum abzusehen sein. Denn wenn auch die Haftung dieses letzteren nach andern Gränzen bestimmt ist, so ist trotzdem sehr wohl möglich, daß diese Gränzen theilweise mit den Gränzen der Hypothekenzinsklage zusammenfallen, und daß er deßhalb mit dieser letzteren, soweit eben deren

Gränze das Gebiet seiner Haftung noch in sich begreift, belangt werden kann. Zwei sich durchschneidende Kreise, welche ein Segment gemeinschaftlich haben, sind in wirklichem, wie auch in metaphorischem Sinne, wohl keine Seltenheit!! Es ist durchaus keine Nothwendigkeit, daß die beiden gedachten Verpflichtungen — nämlich die des dritten Besitzers überhaupt und die, auf die Hypothekzinsklage antworten zu müssen, völlig identisch und congruent sein müssen.

Aehnlich ist auch der Einwand zu widerlegen, daß der Beklagte nach dem Gesetze blos bei Vermeidung der Exekution im Allgemeinen zur Zahlung aufzufordern ist, während doch einem dritten Besitzer gegenüber die Exekution blos an dem Hypothekenobjekte statt finden könne. Die Exekution muß eben je nach der Beschaffenheit des Falles eine gesetzmäßige sein, und, wenn auch der Gläubiger die Wahl des Exekutionsobjektes hat, so darf er sich doch trotzdem nicht hiebei über die gesetzlichen — seien es nun generelle oder specielle — Vorschriften hinwegsetzen. Wie er z. B. ungeachtet seiner freien Wahl kein fremdes Eigenthum oder auch nicht die Besoldung eines Polizeisoldaten [2]) vorschlagen darf, so ist ihm in dem unterstellten Falle nicht erlaubt, etwas Anderes, als das verpfändete Immobile, vorzuschlagen. Durch diese Beschränkung wird aber weder Begriff noch Wesen der Exekution alterirt. Es rechtfertigt sich ferner auch die Strenge des §. 52 selbst einem dritten Besitzer gegenüber. Denn, da dieser wissen muß, daß er nach dem Inhalte des §. 42 cit. auch für die Schulden seines Vorgängers haften muß, kann es nur als eine

---

[2]) Verordnung v. 18. Sept. 1813 (Reg.-Bl. v. 1813 S. 1213).

gewöhnliche Vorsicht angesehen werden, daß er sich vergewissert, ob nicht bei der Gutsübernahme noch dergleichen Rückstände, für welche er tenent ist, existiren. Hat er diese Vorsicht unterlassen, so mag er sich selbst die übeln Folgen hievon zuschreiben. Uebrigens bleibt ja auch nach geschehener Zahlung dem Beklagten die Rechtsverfolgung vorbehalten, und dieser Vorbehalt ist im unterstellten Falle um so wirksamer, als naturgemäß der Hypothekschuldner immer leicht seine Befriedigung bei dem Hypothekgläubiger, welche er so zu sagen selbst in Händen hat, finden, und überdies vor jeder etwa durch Cession zu befürchtenden Gefährde sich durch eine einfache Protestation schützen kann [3]).

Der Schlußsatz des §. 52 endlich, daß es hinsichtlich älterer Zinsrückstände bei den Vorschriften der Prozeßordnung zu verbleiben habe, spricht eher gegen, als für die Ansicht des Herrn Kleiner. Gerade, weil hiernach der §. 52 auf Verhältnisse, wo der dritte Besitzer nicht im Spiele ist, nicht anwendbar ist, kann behauptet werden, daß er umgekehrt in den Fällen seiner Anwendung sich auch auf den dritten Besitzer erstreckt. Wenn §. 52 auch solche Fälle unter sich begreifen würde, wo der dritte Besitzer gar nicht haften kann, dann rechtfertigte sich vielleicht die Deduktion, daß man den dritten Besitzer habe ausschließen wollen, obwohl hier noch immer zu untersuchen übrig bleibt, ob neben jenen auf den dritten Besitzer unbezüglichen Fällen nicht auch solche Rechtsverhältnisse unter das Gesetz zu subsumiren sind, bei denen dieser betheiligt sein kann.

Es kann ferner nicht gegen die Ausdehnung der Hypothekenzinsklage auf den dritten Besitzer ein-

---

[3]) Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 5. §. 27.

gewandt werden, daß für die Regreßansprüche des Letzteren wegen des durch die Hypothekenzinsklage ihm zugegangenen Schadens durch den §. 58 des Hyp.-Ges. nicht gesorgt sei. Denn es findet das Gegentheil statt, es ist für die bezeichneten Regreßansprüche vollkommen gesorgt. Wenn ein dritter Besitzer mit der Hypothekenzinsklage belangt und verurtheilt wird, so sind blos zwei Fälle möglich: entweder zahlt er das Libellat freiwillig oder das Hypothekenobjekt wird zwangsweise verkauft [4]). Im ersteren Falle hat er aber offenbar eine Hypothekschuld bezahlt, da unter diesen Begriff nach §§. 42 und 54 des Hyp.-Ges. auch die eingeklagten Rückstände, soweit sie überhaupt vom dritten Besitzer verlangt werden können, fallen; und er kann somit mit Bezug auf §. 58 cit. unbeanstandet seinen Regreß nehmen. Im andern Falle aber muß immer, und zwar von selbst, mit der Hypothekenzinsklage auch die Hypothekenklage im engern Sinne zusammentreffen. Der Gläubiger hat bei einer solchen Gelegenheit immer auch das Kapital (ganz oder theilweise) zu erhalten, da nach §. 85 des Hyp.-Ges. durch einen unfreiwilligen gerichtlichen Verkauf einer Sache die Hypotheken darauf an und für sich erlöschen, jedenfalls wird aber das verpfändete Grundstück, und damit der Beklagte, von der Kapitalschuld befreit. Es ist demnach dieser letztere, trotzdem er nur mit der Hypothekenzinsklage belangt wurde, doch auch durch die Hypothekenklage im engern Sinne aus dem Besitze des Gutes gekommen, und daher auch hiernach eine Voraussetzung des §. 58 cit. erfüllt. Uebrigens ist unter dem an dieser Stelle gebrauchten Ausdrucke „dingliche Hypothekklage" sicher nicht blos die eigentliche hypothe-

---

[4]) Eine andere Exekution findet bekanntlich nicht statt.

caria in rem actio [5]), welche auf die Befriedigung der Kapitalschuld zielt, zu begreifen, sondern muß hierunter jedes gegen den dritten Besitzer ohne Rücksicht auf dessen persönliche Schuldverhältnisse gerichtete, aus dem Hypothekenverbande überhaupt herrührende Rechtsmittel, also auch gegebenen Falles die Hypothekenzinsklage, verstanden werden, und rechtfertigt sich diese Interpretation um so mehr, als der Ausdruck Hypothekenzinsklage dem Gesetze selbst fremd und erst von der Doktrin erfunden worden ist, also der Gesetzgeber bei dem gebrauchten Ausdrucke „Hypothekenklage," in §. 58 nicht wohl an diesen Gegensatz, resp. an die gegnerische Restriktion auf die blos das Kapital betreffende Klage gedacht haben kann.

In der von Herrn Kleiner vertheidigten Beschränkung der Hypothekenzinsklage liegt allerdings keine Gefährdung für den Hypothekgläubiger, wohl aber eine höchst benachtheiligende Verzögerung und Erschwerung in der Realisirung seiner ihm nach §. 42 und 54 des Hyp.-Ges. unbestreitbar zustehenden Ansprüche. Es ist deßhalb dem Gläubiger wesentlich daran gelegen, auch den dritten Besitzer mit dem mehrgedachten Rechtsmittel belangen zu können.

So möchten alle Bedenken des Herrn Kleiner gegen diese Ausdehnung der Hypothekenzinsklage widerlegt sein, und

bei Ehren bleiben
Die Orakel, und gerettet sind die Götter.

Es übrigt nur noch auf ein dem Schlusse der

---

[5]) Ich bemerke, daß auch nach gemeinem Rechte auch blos wegen der Zinsen die a. hypothecaria angestellt werden kann (vgl. fr. 8 §. 5 de pign. act. (13, 7.)), also recht wohl auch unsere Hypothekenzinsklage im Allgemeinen mit diesem Namen bezeichnet werden durfte.

Abhandlung angefügtes Argument, daß unter Umständen der dritte Besitzer durch die Hypothekenzinsklage in eine schlimmere Lage, als der Schuldner selbst, gerathen könne, etwas einzugehen. Mag man nämlich den Ausdruck „letzte zwei Jahre," (aus denen die Zinsrückstände begehrt werden) als die letzten zwei Kalenderjahre oder als die vom letztverfallenen Zinstermin an rückwärts gelegenen zwei Jahre auffassen, immerhin muß in dieser Beziehung ohne Unterschied, ob die Hypothekenzinsklage gegen den ursprünglichen Schuldner, oder gegen den dritten Besitzer angestellt wird, das Gleiche gelten. Wenn die Verzinsung des Hypothekenkapitales in Terminen von je 14 Tagen oder von einem Monate stipulirt ist, kann allerdings auch der dritte Besitzer mit der Hypothekenzinsklage alle 14 Tage oder alle Monate belangt werden; nicht minder kann es aber auch der ursprüngliche Schuldner, falls obige Termine nicht eingehalten werden, und demnach die betreffenden Zinsen „rückständige" geworden sind. Hält man aber umgekehrt dieses dem Letzteren gegenüber für unstatthaft, so cessirt diese Verfahrungsweise eben so beim dritten Besitzer.

Uebrigens dürfte Herr Kleiner bei diesem Argumente übersehen haben, daß, wenn man von einer alle 14 Tage ꝛc. wiederholten Belangung wegen verfallener Zinsen spricht, man nur eben erst d. h. während des Besitzes des Dritten verfallene Zinsen im Auge haben kann, in Bezug auf diese aber der dritte Besitzer keinesfalls als eigentlich unbetheiligte und nur zufällig hineinverflochtene Person erscheint, sondern nach der eigenen Schlußerklärung des Herrn Kleiner hiefür, als für seine eigene Schuld, haftet, also auch gerade so wie der ursprüngliche Schuldner zu belangen sein wird.

Ortenau.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verbindung des Possessorium ordinarium und des Petitorium; das letztere aber nur aushülfsweise zu verstehen.

Ein Gutsherr hatte gegen einen seiner Grundholden eine jährliche Reichniß, welche ihm dieser verweigerte, eingeklagt und gebeten, ihn im Quasibesitze des Bezugs zu schützen, eventuell den Beklagten zu verurtheilen: er habe das gutsherrliche Recht anzuerkennen und das Gefäll von 1849 an fortzuentrichten. In beiden Beziehungen wurde dem Kläger der Beweis auferlegt, und derselbe nach dessen Durchführung in possessorio zum Erfüllungseide zugelassen, in petitorio dagegen dem Beklagten der Reinigungseid auferlegt. Mit der Abschwörung des letzteren wäre natürlich der ganze Erfolg des possessorischen Sieges wieder verloren gegangen, während das Petitorium doch nur eventuell kumulirt war.

Auf das Revisionsgesuch beider Theile verurtheilte der oberste Gerichtshof den Beklagten in petitorio sogleich definitiv nach der Klagsbitte, weil sowohl in possessorio als in petitorio der Beweis der Klage vollständig aufgebracht sei. Den Uebergang der Entscheidungsgründe von dem ersteren auf den letzten Punkt bildet folgende Erwägung:

Die GO. K. III §. 4 Nr. 1 und 13 läßt die Kumulirung des petitorium mit dem possessorium ordinarium, wie es auch im Wesen der Sache, nur alternativ und eventuell zu, und verordnet weiter Nr. 14: wenn solches ohne Protestation geschehen, so möge der Richter in einem oder anderen, welches er von beiden am ersten instruirt finde, allerdings sprechen. Hieraus ergibt sich of-

ſenbar die Folge, daß, wenn der klagenden Gutsherrſchaft ſchon dermalen, wie oben gezeigt, in possessorio der Sieg gebührt, das petitorium aber zu einer endlichen Entſcheidung noch nicht bereift iſt, weil es noch auf einen Eid anzukommen hätte, die Gutsherrſchaft um die Früchte jenes Sieges nicht kommen darf, ſondern dieſelbe im Beſitze zu ſchützen, dem Beklagten dagegen ſeine Negatorienklage für das petitorium vorzubehalten wäre.

GO. a. a. O. Nr. 5 und 6; bayer. LR. Th. II Kap. 7 §. 7 Nr. 11.

Daß die Verbindung des Petitoriums und ſeiner Begehren blos zur Aushülfe geſchehen ſei, ſteht ſchon in Kraft geſetzlicher Vorſchrift feſt; iſt aber im gegebenen Falle durch den blos eventuellen Anhang der petitoriſchen Klagsbitte noch beſonders konſtatirt.

Nur inſoferne auch ſchon in der jetzigen Lage der Sache die zweite Reviſionsbeſchwerde des klagenden Gutsherrn auf eine definitive Verurtheilung der beklagten Relikten gegründet erſcheint, iſt die Sache dazu geeignet, zur Abſchneidnng aller ſpäteren Weiterungen auch den Ausſpruch im Petitorium damit zu verbinden. Dieſe Vorausſetzung zeigte ſich aber wirklich gegeben, ... u. ſ. w.

OAGE. v. 27. Mai 1856. Nr. $154^{54}/_{55}$.

****

2.

Benützung des Telegraphen im kaufmänniſchen Verkehr.

In einem Rechtsſtreite, zwiſchen einem Londoner Hauſe (Klägèr) und einem Hamburger in Betreff Getraidehandels geführt, war rechtskräftig feſtgeſtellt: dem klägeriſchen Hauſe ſei ſo viel zu vergüten, als es bei einem ungeſäumt nach Empfang des Schreibens[7] vom 14. Mai in Hamburg geſchehenen Ankauf der Waare nach damaligen

Preisſtande mehr als 66 Schilling pr. Quarter hätte bezahlen müſſen. Von klägeriſcher Seite wurde nun der Vergütungsberechnung der Preisſtand vom 19. Mai zu Grunde gelegt, an welchem Tage die fragliche Ankaufsordre bei Benützung des Telegraphen in Hamburg eingetroffen und zur Verwirklichung gelangt ſein würde. Beklagterſeits wurde hingegen der bedeutend verſchiedene Preisſtand vom 23. Mai zum Ausgangspunkt genommen, indem auf die Möglichkeit telegraphiſcher Mittheilung keine Rückſicht zu nehmen ſei, eine briefliche Ankaufsordre aber nicht vor dem 23. Mai in Hamburg hätte realiſirt werden können.

Das Obergericht zu Hamburg entſchied am 14. Januar 1856 im Sinne der klägeriſchen Aufſtellung. Gründe:

Den Klägern muß hiebei allerdings geſtattet werden, eine auf telegraphiſchem Wege ertheilte Ordre zu Grunde zu legen, indem derjenige, dem eine ungeſäumte Mittheilung zur Bedingung gemacht iſt, wenn auch nicht verpflichtet, doch jedenfalls berechtigt erachtet werden muß, ſich des Telegraphen zu derſelben zu bedienen. Ueberdies iſt auch dieſes Kommunikationsmittel ſchon an und für ſich bei Aufträgen im Getraidehandel nicht ungewöhnlich und ſelbſt in dem vorliegenden Fall von den Parteien bereits benützt worden. (Akten Nr. 5138).

3.

Statuten-Kolliſion. Briefliche Injurien.

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir folgende Sätze:

Hinſichtlich der civilrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung ſind die Geſetze des Ortes, an welchem ſie begangen wurde, in Anwendung zu bringen, und als Verübungsort einer brieflich zuge-

fügten Injurie kann nur derjenige, an welchem der Brief geschrieben und zur sicheren Bestellung aufgegeben, nicht aber derjenige, an welchem er von dem Adressaten in Empfang genommen worden, angesehen werden; denn am ersteren Orte hat der Injurient Alles gethan, was seinerseits geschehen mußte, damit die ehrverletzende Mittheilung an den Adressaten gelange, und eben deßhalb, weil mit der Aufgabe des Briefes auf die Post die Thätigkeit des Injurianten abgeschlossen ist, kann auch nicht behauptet werden, daß er die Injurie am Orte der Adresse verübt habe.

Nach diesem Grundsatz hat der oberste Gerichtshof nicht nur als Civilgericht und bei Entscheidung von Kompetenzkonflikten, sondern auch da, wo die strafrechtlichen Normen von Versuch und Vollendung eingreifen, nämlich bei brieflichen Amtsehrenbeleidigungen und bei Preßvergehen wiederholt erkannt.

Blätter für Rechtsanwendung Bd. 12 S. 287, Bd. 18 S. 66, Bd. 19 S. 130 Nr. 2; Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 269.

Da nun der der Klage im Original anliegende Brief aus Nürnberg datirt, und laut der auf demselbem befindlichen Poststeichen in Nürnberg gegen Schein der Post übergeben worden ist, ... so ergibt sich, daß hier das in Nürnberg geltende gemeine Recht zur Anwendung kommen muß . . . . .

OAGE. v. 3. Mai 1856. Reg. Nr. $455^{54}/_{55}$.

4.

Erlöschung von Realgewerbsrechten durch Nichtausübung.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Die Verordnung vom 8. Febr. 1811, die Kaduzität öde liegender Gewerbe betr., enthält ihrem

Eingang zufolge unter Nr. 8. eine Erläuterung der Verordnung vom 1. Dez. 1804, die Handwerksbefugnisse betr. In dieser Beziehung wurde durch die Verordnung v. 1811 den sonst bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen über Erlöschung affirmativer Privilegien in Ansehung der realen Gewerbsrechte derogirt, sohin eine Norm aufgestellt, welche Privatrechte zum Gegenstand hatte. Die Behauptung, daß diese Verordnung auf Streitigkeiten zwischen Gewerbsberechtigten, über die Erlöschung eines realen Gewerbsrechts durch non usus nicht anwendbar sei, ist daher ungegründet. Durch das Gewerbsgesetz v. 11. Sept. 1825 wurde jene Verordnung v. 1811 nur für die Zukunft wirkungslos. Nirgends aber wurden die unter ihrer Herrschaft bereits eingetretenen Wirkungen wieder annullirt, und der Plenarbeschluß des OAG. v. 26. Okt. 1842 sagt nichts weniger als dieses.

OAGE. v. 23. Feb. 1856. Nr. $1110^{53}/_{54}$.

5.

Gewerbskaduzität. Geltungsgebiet der Verordnung vom 8. Febr. 1811.

Als Ergänzung der VO. v. 1. Dez. 1804, die Handwerksbefugnisse betr., sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe, konnte die VO. v. 1811 nur an solchen Orten Anwendung finden, für welche jene Geltung hatte. Die VO. v. 1804 war aber lediglich in dem Kurpfalzbayerischen Regierungsblatte v. 1805 publizirt worden, hatte also nur Geltung erlangt für die Provinzen Bayern, Neuburg und Oberpfalz. Das Ausschreiben des Generalkommissariats v. 9. Dez. 1811 im Intelligenzblatte des Mainkreises konnte ihr für diesen solche Geltung nicht verschaffen. Dies ergibt sich aus Nr. 8 und 9 der VO. v. 1. Januar 1806, die Einfüh-

rung des Regierungsblattes betr. Zudem waren dabei Privatrechte in Frage, die Ausdehnung der Verordnung auf andere Provinzen involvirte sohin einen gesetzgeberischen Akt, die Generalkommissariate aber waren zu gesetzgeberischer Thätigkeit nicht berufen.

OAGE. v. 23. Febr. 1856. Nr. $1110^{53}/_{54}$.

6.

Hausbau auf fremdem Grundstück, mit Einwilligung des Eigenthümers.

Anton B. hatte seiner Mutter gestattet, auf einem zu seinem Gutskomplexe gehörigen Grundstück ein Wohnhaus zu erbauen. Als später der Sohn in Gant verfiel, machte die Mutter bezüglich dieses Wohnhauses resp. des daraus erzielten Preises das Separationsrecht geltend. Hierüber sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe unter Anderem:

Der Umstand, daß Anton B. seiner Mutter die Einwilligung ertheilt hatte, auf dem Grundstücke bei der Linde PlN. 265 ein Wohnhaus zu erbauen, ist für die Beurtheilung des vorliegendem Rechtsverhältnisses entscheidend; denn die ertheilte Bewilligung gab der Revidentin einen Berechtigungstitel (justus titulus) für den Aufbau des Wohnhauses, und schloß die Annahme aus, daß der Eigenthümer des Grund und Bodens Eigenthümer des darauf erbauten Wohnhauses werden sollte..... Die dagegen angeführten Gesetze, §. 30 Inst. de rerum divis. (2, 1), und fr. 7 §. 12 de acquir. rer. domin. (41, 1), passen nur auf den Fall, wenn der Bauende von dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf welchen gebaut wurde, keinen Rechtstitel zum Bauen erlangt hatte; denn es ist daselbst zwischen demjenigen, welcher sich in mala fide befindet, und demjenigen, welcher in bona

fide handelt, wohl unterschieden. Auf Seite der Revidentin war nicht nur guter Glaube, sondern auch ein gerechter Titel vorhanden, wenn sie mit erklärter Zustimmung ihres Sohnes einen Hausbau aufführte. Daß auch derjenige, welcher mit gerechtem Titel auf dem Grundstücke, welches vorher einem Andern gehörte, ein Gebäude errichtet, das Eigenthum an demselben nicht erwerbe, daß vielmehr auch in diesem Falle das Gebäude dem Eigenthümer des Grund und Bodens nicht gehöre, ist in keinem Gesetze bestimmt [1]) ..... Auf den Werth des Grundstückes, auf welchem das Haus erbaut wurde, hat die Revidentin keinen Anspruch erhoben, ... und hat es dabei sein Bewenden.

OAGE. v. 18. Dez. 1855. Nr. $40^{54}/_{55}$.

7.

Erbschaftsentsagung nach abgelaufener Ueberlegungsfrist.

Preuß. LR. Th. I Tit. 9 §§. 383—5, 406, 410—12, 420—1; Tit. 16 §§. 378, 396.

Die von dem Erben nach Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf; eine solche Entsagung kann nicht nach den für Erbschaftsentsagungen gesetzlich gegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für die

[1]) Ist nicht die Einräumung von Seite des Grundeigenthümers, auf seinem Grund und Boden ein Haus zu erbauen, als Bestellung einer Superfizies, bei welcher das Grundeigenthum dem Einräumenden verbleibt, aufzufassen? Vgl. Puchta Institut. Bd. II §. 244: „eine dritte Gestalt des Vertrags ist, daß jemanden dadurch verstattet wird, auf fremdem Grund ein Gebäude zu errichten, das ihm gehören soll, aber freilich nicht zu Eigenthum, da er nicht Eigenthümer des Bodens werden soll." S.

letzteren geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 25. Nov. 1853. Entsch. d. OT. Bd. 26 S. 253.

8.

Dreißigjährige Nichtausübung als Erlöschungsgrund bei Realgewerbsrechten.

In der oberstrichterlichen Beurtheilung eines Falles, auf welchen die Verordnung v. 8. Feb. 1811 keine Anwendung fand, kommt hierüber vor:

a) Das römische Recht knüpft an die Nichtausübung affirmativer Prädialservituten, wenn solche eine gewisse Zeit hindurch stattgefunden, die Folge der Erlöschung derselben. Eben dieses wurde durch fr. 1 de nundinis (50, 11) auch auf ein affirmatives Privileg in Anwendung gebracht, und dadurch die Zulässigkeit der Analogie anerkannt.

b) In cap. 6 und 15 X de privil. (5, 33) wird die Erlöschung des privilegii de non solvendis decimis nicht aus dem Quasibesitz des Zehentrechts auf Seite der Pfarrei die Verjährungszeit hindurch, sondern lediglich aus der Nichtausübung des Privilegs abgeleitet. Man hat daher keinen Grund, darnach die Verjährbarkeit durch non usus auf negative Privilegien einzuschränken. Es war daher jenen Rechtslehrern beizupflichten, welche die Erlöschung affirmativer Privilegien nach cap. 6 X de privil. und const. 3 de praescr. 30 v. 40 ann. (7, 39) von der 30jährigen Nichtausübung abhängig machen, was denn auch auf reale Gewerbsrechte, weil diese als affirmative Privilegien zu beurtheilen sind, Anwendung findet.

OAGE. v. 23. Feb. 1856. Nr. 1110 53/54.

Nachtrag zu Nr. 19. Verfasser des Artikels S. 289—296 ist Dr. Rau zu München.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 25. Okt. 1856. 21. Jahrgang. № 22.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Vom Ablehnungsrecht des Angeklagten. — „Berichtigung" und „Zahlung"; Begründung der Zahlungseinrede; der Nichtwiderspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede ist unnachtheilig. — Zur Lehre vom Einstandsrechte nach dem bayreuther Provinzialrechte. — Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes. Sequestration bei Klagen auf Kontraktserfüllung. — Servituten; Unterbrechung des Verjährungsbesitzes. —

Vom Ablehnungsrecht des Angeklagten [1]).

Nach Art. 105 des StPG. vom 10. Nov. 1848 sind der Angeklagte und der Staatsanwalt befugt, eine gleiche Anzahl von Geschwornen abzulehnen. Der Art. 107 bestimmt:

> So wie der Name eines Geschwornen aus der Urne gezogen wird, hat zuerst der Staatsanwalt, sodann der Angeklagte sich zu erklären, ob er von dem Rechte der Ablehnung Gebrauch machen will.

Eben so ist es der Angeklagte, welchen der Präsident bei Bildung des Schwurgerichts auf das ihm zustehende Ablehnungsrecht ausdrücklich aufmerksam zu machen hat. Von einem dem Vertheidiger zustehenden Ablehnungsrechte oder von Ausübung des Ablehnungsrechtes durch den Vertheidiger ist in unserer neuen Strafprozeßgesetzgebung nirgends die Rede. Gleichwohl werden die Geschwornen nach der schwurgerichtlichen Praxis, so weit sie dem Einsender bekannt, nicht von dem Angeklagten, sondern durchweg vom Ver-

[1]) Einsendung von Kr.= u. StGAcc. . . II . .

theidiger abgelehnt. Es fragt sich, ob diese Praxis dem Gesetze gemäß sei oder nicht. Zur Beantwortung scheint man auf Fragen prinzipieller Art zurückgehen zu müssen. Wie weit nimmt die Vertheidigung an den Rechten des Angeklagten Theil, welche Rechte des Letzteren dürfen gleichsam zufolge stillschweigender Uebertragung vom Vertheidiger Namens des Angeklagten ausgeübt werden? Sind in dem StPG. von 1848 die Rechte und Befugnisse des Angeklagten einerseits und die der Vertheidigung andrerseits streng auseinandergehalten, oder ist in den Bestimmungen, beziehungsweise in welchen Bestimmungen, die von Befugnissen des Anklagten sprechen, zugleich die Einräumung eines gemeinsamen Rechtes für den Vertheidiger inbegriffen? — Im Allgemeinen scheint man annehmen zu müssen, daß, wo nur des Angeklagten gedacht wird, auch nur dieser gemeint und eine gleichmäßige Beziehung auf den Vertheidiger unstatthaft sei. In einer Reihe von Stellen hat der Gesetzgeber seinen Willen, daß eine gewisse Befugniß beiden, dem Angeklagten wie dem Vertheidiger zustehen solle, beziehungsweise von dem Einen oder dem Andern ausgeübt werden könne, dadurch ausgeprägt, daß er als Träger der fraglichen Befugniß beide, theils mit „und" theils mit „oder" verbunden, zusammen erwähnt hat [2]). In einer Anzahl anderer Stellen ist dagegen nur der Angeklagte dem Staatsanwalt gegenübergestellt [3]), oder überhaupt nur der Angeklagte er-

---

[2]) Vgl. die Art. 124 Abs. 1, 125 149 Abs. 2, 164, 168, 170 Abs. 2 und 4 (Abs. 5 gehört zur Kategorie der Note 3), 179, 199 Abs. 2, Art. 243 Abs. 1 und 4, 248 Ziff. 2.

[3]) Art. 101, 105, 107, 129 Abs. 1, 137 Abs. 1, 154 Abs. 1, 161 Abs. 1, 166, 186, 188 Abs. 2, 232 Abs. 2, 237, 239 Abs. 2, 317 Abs. 2.

wähnt [4]), und eben so kommt es vor, daß die Stellung der Vertheidigung im Gegensatze zu dem Angeklagten hervorgehoben wird [5]).

Bei dieser in den verschiedenen Gesetzstellen uns begegnenden Unterscheidung muß man bezweifeln, daß der Gesetzgeber in denjenigen Bestimmungen, in welchen lediglich von Befugnissen und Erklärungen des Angeklagten ohne Erwähnung des Vertheidigers die Rede ist, gleichwohl auch diesen (als Vertreter des Angeklagten) mit der fraglichen Befugniß auszustatten, beabsichtigt habe; indem die Annahme nahe liegt, es sei überall, wo eine solche Konkurrenz in seiner Absicht lag, der Ausdruck derselben in der aus den Allegaten der Note 2 ersichtlichen Weise erfolgt. Von dieser Prämisse ausgehend hat der oberste Gerichtshof in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, daß der Bestimmung des Art. 235:

> „Will sich der Angeklagte des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde bedienen, so hat er dieselbe binnen 3 Tagen ..... anzumelden —

durch Anmeldung von Seite des Vertheidigers, wenn dieser nicht von Jenem mit Spezialvollmacht [6]) dazu versehen ist, nicht genügt werden könne. So wie hier das Beschwerderecht, ist dort das Ablehnungsrecht nur dem Angeklagten, nicht auch dem Vertheidiger eingeräumt, daher scheint man auch bei dem Ablehnungsrechte auf Bethätigung durch den Angeklagten bestehen zu müssen. Es erheischt auch diese Ablehnungsbefugniß ihrer Natur nach nicht be-

---

[4]) Vgl. Art. 106, 136 (s. auch 231 Ziff. 17), 167, 235.

[5]) Art. 241 Abs. 2, 3.

[6]) Vgl. Sitzungsberichte Bd. II S. 16, 52; Bd. III S. 321. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern. Bd. II S. 98.

sondere Rechtskenntnisse, sondern sie ist eine so einfache, daß der Angeschuldigte, wenn man ihm deren Ausübung anheimstellt, um so weniger in dem gebührenden Rechtsschutze verkümmert wird, als es ihm ja unverwehrt bleibt, mit seinem Vertheidiger vor der öffentlichen Verhandlung über die bevorstehende Ausübung des Ablehnungsrechtes zu berathen; indem ihm (dem Angeklagten) bei Vermeidung der Nichtigkeit (Art. 231 Ziff. 17) am Tage vor der öffentlichen Verhandlung das Verzeichniß der Geschwornen so wie der Ersatzgeschwornen bekannt zu machen ist (Art. 136).

Wir wollen nicht neuerungssüchtig eine schroffe Behauptung aufstellen oder die Lage des Angeschuldigten erschweren und das Recht der Vertheidiger einschränken, besorgen aber auch nicht, nach dem Ausgeführten dem Vorwurfe eines Verstoßes gegen die Regeln der Interpretation ausgesetzt zu sein und die Zahl der ohnehin zahllosen juridischen Kontroversen um eine überflüssige zu vermehren.

Der Wortlaut der Art. 105, 106, 107 und 144 des Ges. vom 10. Nov. 1848 spricht für uns, wir setzen voraus, auch dessen Geist; aber es steht uns noch eine doppelte Utilitätsrücksicht zur Seite. Ohne die Ehrenhaftigkeit irgend Jemands bezweifeln zu wollen, vermeinen wir, daß es die strenge objektive Unpartheilichkeit fördert, wenn der Angeklagte selbst die Geschwornen ablehnt. Diese sind ihm meist vorher fremd, — die ihm nicht fremden mag er eben ablehnen, wenn er will, — während zwischen den die Vertheidigung führenden Anwälten, Accessisten und Rechtspraktikanten einer-, und den Geschwornen anderseits nicht selten eine nähere sociale Verbindung stattfindet. Durchschlagender jedoch als diese Erwägung möchte die weitere sein, daß sehr oft der Vertheidiger in ausgedehntem, ihn fast in Verlegenheit setzenden Maaße von den Geschwornen

ersucht wird, sie abzulehnen. Wenn sonst kein innerer Grund der Ablehnung gegeben ist, welche Geschworne soll die Vertheidigung ablehnen und welche nicht? Gründe der Ablehnung dürfen zwar nicht angegeben werden, aber planlos oder als Quasi-Begünstigung, als ein Höflichkeitserweis darf sie doch nicht ausgeübt werden! Oder gibt etwa die allgemeine Regel des Zuerstanmeldens den Ausschlag? Es wurde einmal der Vertheidiger durch die Visitenkarte eines Geschwornen zu einer sicherlich verfrühten Zeit und am gewiß nicht passendsten Orte überrascht. Gerade weil die allermeisten Geschwornen mit der aufopferndsten Hingebung ihren Beruf ausfüllen, sollte einem Einzelnen, der eine unrühmliche Ausnahme zu machen versucht, dieses auf jede Weise erschwert werden. An den Staatsanwalt nun oder den Angeklagten selbst ein Ablehnungsgesuch zu stellen, dürfte manchen Geschwornen eine gewisse Scheu abhalten. Darf aber, wenn nicht Art. 97 und 98 Platz greift, überhaupt der Geschworne es selber betreiben, abgelehnt zu werden? Weg mit aller Laxität! Referent hat eine zu hohe Meinung von den Pflichten, von der Würde und dem Ernste des Geschwornenamtes, als daß er über die Antwort einen Zweifel hätte.

Nachschrift des Herausgebers. Für die bisherige Praxis läßt sich geltendmachen, daß man von der in Gegenwart des Angeklagten ohne Widerspruch von Seite desselben durch den Vertheidiger geschehenen Ausübung des Ablehnungsrechtes annehmen muß, sie sei aus Spezialvollmacht des Angeklagten erfolgt [7]). Aber es war sehr angemessen, den damit in der bezeichneten Weise getriebenen Mißbrauch öffentlich zu rügen. Die als Gefälligkeit

---

[7]) Vgl. Kreittmayr Anm. zum bayer. LR. Th. IV Kap. XIII §. II Nr. 1 lit. c.

erbetene und gewährte Ablehnung eines oder einiger Geschwornen kann entscheidenden Einfluß auf den Wahrspruch haben, sie enthält jedenfalls eine willkürliche Entlastung der Abgelehnten von Erfüllung einer Bürgerpflicht in Verbindung mit gesetzwidriger Belastung derjenigen Geschwornen, welche an der Stelle der Abgelehnten eintreten müssen. Sowohl den aus Gefälligkeit Ablehnenden als den solche Gefälligkeit Erbittenden trifft der Vorwurf des Mißbrauchs gesetzlicher Vorschriften, daher der Pflichtverletzung. Mag solche schlechte Sitte in den französischen Schwurgerichten heimisch sein; deutsche Gewissenhaftigkeit und Pflichttreue sollten sich rein davon halten. Eine Ansprache über diesen Gegenstand zu halten, wäre ein für Eröffnungsreden der Präsidenten passender Stoff.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

„Berichtigung" und „Zahlung"; Begründung der Zahlungseinrede; der Nichtwiderspruch einer in faktischer Hinsicht mangelhaften Einrede ist unnachtheilig.

(Beschränkung eines im Komment. ü. d. GO. Bd. II Aufl. II S. 335 f. aufgestellten Satzes).

Der Großhändler A. klagte gegen die Relikten des verstorbenen Baumwollenwaaren-Fabrikanten B., mit welchem er mehrere Jahre in Geschäftsverkehr gestanden hatte, auf Bezahlung eines größtentheils durch Abrechnungen mit demselben sich ergebenen Saldo's von 1944 fl., nebst Verzugszinsen. Der Vertreter der Beklagten begegnete der Klage nicht nur durchgehends mit Widerspruch, welcher sich sogar auch auf eine, nach Angabe des Klägers vor

der letzten Abrechnung vom Erblasser der Beklagten geleistete Abschlagszahlung an der vorherigen größern Schuld erstreckte, sondern bestritt auch die Zinsenforderung und brachte in einem Zwischensatze die Behauptung vor, daß die eingeklagte Summe schon berichtiget worden sei. Diese in der klägerischen Replik nicht speziell widersprochene Behauptung erachtete das Gericht I. Instanz für zugestanden und erkannte auf Entbindung der Beklagten von der Klage. Hiegegen wurde vom Kläger appellirt und die II. Instanz, welche die Einrede der Berichtigung in der vorgebrachten Art nicht für begründet erachtete, erkannte abändernd auf den vom Kläger zu liefernden Beweis der Forderung.

Dieses von den Beklagten im Wege der Revision angefochtene Erkenntniß wurde oberstrichterlich bestätigt aus folgenden Gründen:

„Die vom Vertreter der Beklagten vorgebrachte Einrede entspricht den Vorschriften der GO. VI, §. 8 in keiner Beziehung. Dieselbe wurde nicht nur, anstatt, daß sie rechtlicher Ordnung gemäß als peremtorische Einrede der Klagbeantwortung nachzufolgen hatte, ordnungswidrig mit der negativen Streiteinlassung vermengt, sondern sie leidet noch überdieß an den Essentialfehler der Dunkelheit und Allgemeinheit.

Zwischen den beiden Sätzen, wovon im erstern die klägerische Hauptforderung und im letztern die Zinsenforderung widersprochen wird, befindet sich der lakonische Satz eingeschoben: „eventuell werde behauptet, daß die eingeklagten 1944 fl. schon berichtiget seien.“

Wenn nun auch das Wort „berichtigen“ in Bezug auf eine Schuldpost im gewöhnlichen Sprachgebrauche als synonym mit bezahlen gilt, so hat dasselbe doch im juridischen Sprachgebrauche nicht ausschließlich diese Bedeutung, indem die Be-

richtigung einer Schuld außer durch Zahlung auch noch auf andere Weise geschehen kann, wie z. B. durch Abrechnung, Angabe an Zahlungsstatt, Kompensation u. s. w.

Unter Zahlung wird aber speziell und nach der gesetzlichen Sprache nur die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld oder geldwerthe Papiere verstanden.

Preuß. Landr. I, 16 §. 28.
Seufferts PR. §. 237, Note 1 S. 26 3. Ausg.

Der vorgetragenen Einrede mangelt es demnach an der erforderlichen Deutlichkeit, weil im Dunkeln gelassen wurde, was mit dem gebrauchten mehrdeutigen Ausdrucke berichtigen gesagt werden wollte, indem sich hieraus nicht mit Bestimmtheit entnehmen läßt, welche Art der Berichtigung eigentlich gemeint war und ebendeßhalb auch nicht entnommen werden kann, auf welchem historischen und rechtlichen Fundamente die Einrede beruht.

In dieser Hinsicht müssen aber, nach dem Grundsatze: reus excipiendo fit actor, die Einreden ebenso wie die Klagen vorgetragen und begründet werden. Die Anm. zur GO. a. a. O. sagen in dieser Beziehung: „wer dunkel und zweideutig oder so excipirt, daß man das jus und die causa exceptionis nicht klar daraus ersehen kann, thut eben so viel, als wenn er gar nicht antwortete."

Bei der erwähnten Dunkelheit und Allgemeinheit fraglicher Einrede konnte Kläger dadurch, daß er dieselbe nicht mit ausdrücklichen Worten widersprochen hat, den im Prozeßgesetze v. 17. Nov. 1837 §. 19 und 21 bestimmten Rechtsnachtheil nicht verwirken, wonach jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden erachtet wird, denn es ist hiebei vorausgesetzt, daß

der betr. Thatumstand vom Gegner behauptet worden sein muß; nicht behauptete Thatumstände können aber nicht für zugestanden angenommen werden.

Die in der erwähnten Allgemeinheit ohne Anführung faktischer Umstände vorgebrachte Einrede wurde übrigens in der ihr angemessenen Weise schon dadurch von dem Kläger widersprochen, daß er replicando seiner Klage durchgehends inhärirte und eben dadurch zu erkennen gab, daß er die angebliche Berichtigung der libellirten Forderung nicht zugestehen wolle. Eine weitere Einlassung auf besagte Einrede war dem Kläger bei deren Allgemeinheit nicht möglich.

Es konnte aber dieser Einrede eine rechtliche Folge nicht gegeben und dieselbe auch nicht in der vorgebrachten Art zum Beweise ausgesetzt werden, weil die faktischen Momente, aus welchen die angebliche Berichtigung der klägerischen Forderung als thatsächlich verwirklicht zu erkennen wäre, im ersten oder Konstativ-Verfahren nicht vorgebracht wurden und im Beweisverfahren, als der prozessualischen Ordnung zuwiderlaufend, nicht erst nachgeholt werden können.

Aber selbst in dem Falle, wenn aus dem Exceptionsvorbringen mit Bestimmtheit hervorgienge, daß mit dem Ausdrucke berichtigen behauptet werden wollte, die Forderung des Klägers sei bezahlt worden, würde sich die Sachlage für die Revidenten nicht günstiger gestalten.

Es wäre zwar alsdann eine bestimmte Art der Berichtigung behauptet worden, aber hierdurch doch noch keineswegs in thatsächlicher Hinsicht Alles erschöpft, was nach der individuellen Beschaffenheit des vorliegenden Falles zur gehörigen Substanzirung der Zahlungseinrede erforderlich gewesen sein würde.

Es kann wohl in gewissen Fällen eine Ausnahme von der Regel, daß die Thatsache, auf welche

eine Einrede begründet wird, besonders eingeführt werden muß, eintreten, sofern schon die allgemeine Bezeichnung des Rechtsbegriffes die Angabe aller derjenigen Umstände genügend darstellt, welche die Individualität des Falles ausmachen, und wird namentlich als Beispiel einer solchen Ausnahme angeführt, daß von Beklagten durch das Vorbringen, „er setze die Einrede der Zahlung entgegen," erklärt werde, daß er dem Gläubiger dasjenige geleistet habe, was nach dem Inhalte der Obligation geschuldet war.

Seufferts Komment. zur GO. Bd. II S. 335—336 2. Ausg.

Allein es läßt sich aus diesem Beispiele keineswegs und um so weniger die allgemeine Folgerung ableiten, daß bei Vorbringung der Zahlungseinrede eine besondere thatsächliche Begründung überhaupt nicht nothwendig sei, weil Abweichungen von der gesetzlichen Regel, da wo das Gesetz selbst keine Ausnahme vorzeichnet, vom Richter nur im beschränkten Maße und mit besonderer Rücksicht auf die Beschaffenheit des gegebenen Falles zugelassen werden dürfen.

Die Gestattung einer Ausnahme bei der Einrede der Zahlung läßt sich daher im Allgemeinen nicht rechtfertigen, sondern es muß vielmehr stets nach der Individualität des konkreten Falles richterlich ermessen werden, ob schon die einfache Behauptung der geleisteten Zahlung zur Begründung der Zahlungseinrede für genügend zu erachten, oder ob hiezu auch noch die Angabe der nähern Umstände nothwendig sei.

Ersteres kann wohl in dem Falle angenommen werden, wenn der ursprüngliche Gläubiger und Schuldner einander gegenüberstehen und es sich von einem einfachen Obligationsverhältnisse handelt, wobei der Schuldner, um seine Verbindlichkeit zu er-

füllen, nichts weiter zu thun hatte, als die schuldige Summe zu bezahlen und daher lediglich dieses Faktum in Frage ist.

Anders aber verhält es sich im vorliegenden Falle, wo Forderungen aus verschiedenen Geschäften, welche der mit dem verstorbenen Fabrikanten B. in mehrjährigem Geschäftsverkehr gestandene Kläger geltend macht, gegen die Relikten des B. eingeklagt sind, also die ursprünglichen Kontrahenten nicht selbst einander gegenüberstehen, wo zum Theil auf vorgängig zwischen dem Kläger und dem B. gepflogene Abrechnungen Bezug genommen ist und aus den sich hiernach ergebenen Schuldresten Verzugszinsen gefordert werden, überdieß auffallender Weise vom Vertreter der Beklagten sogar die in dem der Klage beiliegenden Buchauszuge vorgetragene letzte Abschlagszahlung des B. widersprochen wurde.

Bei diesen Verhältnissen konnte die blos hingeworfene Behauptung, daß die eingeklagte Hauptforderung schon berichtiget sei, selbst in dem Falle, wenn damit eine Zahlung im Sinne des Landrechts gemeint worden sein sollte, zur Begründung der fragl. Einrede offenbar nicht genügen, indem nothwendig zu diesem Behufe angeführt werden mußte, von wem, ob nämlich vom Erblasser B. selbst, oder erst von dessen Relikten, und zu welcher Zeit die Berichtigung resp. Zahlung geschehen sei; völlig abgesehen davon, daß auch bei dem gewählten undeutlichen Ausdrucke „Berichtigung" die faktische Angabe, in welcher Art die Berichtigung stattgefunden habe, unumgänglich nothwendig gewesen wäre."

(Nun folgen mehrere faktische, aus den Akten entnommene Umstände, welche keinen Zweifel übrig ließen, daß es mit der fraglichen Einrede der Berichtigung nicht ernstlich gemeint sein konnte, son-

dern damit blos ein auf Gerathewohl hingeworfener Vertheidigungsbehelf versucht werden wollte.)

OAGE. v. 3 Dez. 1855. RNr. $702^{54}/_{55}$.

G.

2.

Zur Lehre vom Einstandsrechte nach dem bayreuther Provinzialrechte.

1) Die bayreuth. Landeskonstitution v. J. 1722 gestattet im Tit. VI §. 1 den Kindern nicht unbedingt das Einstandsrecht, wenn Eltern oder Großeltern etwas von ihrem unbeweglichen Vermögen verkaufen, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich insofern die Kinder entweder außer der Eltern Brode sind, oder aber eigene Mittel haben, und wenn hiebei keine Gefährde beabsichtiget wird [1]).

Unter Kindern, welche außer dem Brode der Eltern stehen, können nach dem allgemeinen jurist. Begriffe so wie namentlich auch im Sinne der bayreuth. Landeskonstitution Tit. VII §. 19 [2]) nur diejenigen verstanden werden, welche nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stehen, und diese wird nach deutschem Rechte, so wie auch nach dem preuß. Landr. II, 2 §. 210 und 228 ohne förmliche Emancipation dadurch aufgehoben, wenn die Kinder nach erreichter Großjährigkeit eine eigene von den Eltern abgesonderte Haushaltung gründen, oder, was bezüglich der Töchter gilt, sich mit väterlicher Einwilligung verheirathen [3]).

Zur Anstellung einer eigenen Haushaltung ist

---

[1]) S. Arnold Beiträge zum deutschen Privatrecht. Bd. II S. 211.

[2]) Eben daselbst Bd. I S. 183.

[3]) Glück Pand. Komm. Bd. II §. 161 S. 435. 442.

es aber nicht genügend, wenn die Kinder keine Alimente mehr von den Eltern bekommen, sondern durch ein Dienstverhältniß sich Lohn und Kost verschaffen [4]).

2) Da die Ausübung des Einstandsrechts nothwendig voraussetzt, daß ein Verkauf der dem Retrakte unterworfenen Sache an einen Fremden beabsichtiget werde oder bereits abgeschlossen worden sei, so folgt hieraus von selbst, daß daraus, wenn der Einstandsberechtigte auf das ihm außer diesem Falle geschehene Anbieten der Sache zum Kaufe erklärt, daß er sie nicht kaufen wolle, noch keineswegs ein Verzicht auf das Einstandsrecht abgeleitet werden kann, weil er unter diesen Umständen noch gar nicht veranlaßt war, darüber, ob er von seinem Einstandsrechte Gebrauch machen wolle oder nicht, einen Entschluß zu fassen.

Es ist also nicht das bloße Anbieten der Sache zum Kaufe genügend, sondern das Anbieten des Vorkaufes erforderlich, wenn aus der Erklärung des Retraktsberechtigten, daß er die Sache nicht kaufen wolle, ein Verzicht auf das Einstandsrecht gefolgert werden soll [5]).

Daß auch die Bestimmung der bayreuth. Landeskonstitution Tit VI §. 12 [6]) nur in diesem Sinne aufgefaßt werden kann, ergibt sich zweifellos aus deren Vergleichung und Zusammenhange mit den §§. 11 und 14, indem nach §. 11 der Anfang der für die Anmeldung des Einstands festgesetzten dreimonatlichen Präklusivfrist von Zeit der erlangten Wissenschaft des Kaufs gerechnet wird, daher im §. 12, wie dessen Anfangsworte „gleiche Bewandt-

---

[4]) Seite 441 a. a. O.
[5]) Walch Näherrecht. I B. V Hptst. § 6 S. 251 ff. Mittermaier d. Privatrecht Bd. II §. 289 6. Ausg.
[6]) Arnold Beitr. Bd. II S. 216.

niß soll es haben" zu erkennen geben, die erlangte Wissenschaft des intendirten oder abgeschlossenen Kaufes mit einem Fremden ebenfalls vorausgesetzt ist, und endlich §. 14 das Anbieten des Vorkaufs mit ausdrücklichen Worten erwähnt.

Die spätere Verordnung vom 16. März 1775 [1]) hat übrigens nur auf die §§. 12 und 14 der Landeskonstitution l. c. Bezug, sie gestattet dem Retraktsberechtigten auch ferner die Wahl, ob er sich des Einstandsrechts sogleich, wenn ihm die Sache mit oder ohne Exprimirung des Preises angeboten wird, bedienen oder vorerst den Kaufsabschluß mit einem Fremden abwarten und sich erst alsdann des Einstandes wegen positiv entschließen wolle, schreibt aber vor, daß letzternfalls der Vorbehalt deutlich erklärt werden müsse, widrigenfalls Entsagung auf das Einstandsrecht angenommen werde.

An der Bestimmung des §. 13 l. c. der Landeskonstitution wurde durch jene Verordnung nichts geändert.

OAGE. v. 18. März 1856. RNr. 695 $^{53}/_{54}$.
G.

3.

Arrestgesuch auf Grund Art. 34 des Ablösungsgesetzes. Sequestration bei Klagen auf Kontraktserfüllung.

In Bezug auf die Abtretung der Fhr. v. F.'schen Grundrenten an die Ablösungskasse wurde von Seite des Fiskus behauptet (andrerseits widersprochen), die Uebernahme sei vom Staate an die Bedingung geknüpft worden, daß die Gutsherrschaft die Berichtigung jener Gefälle selbst zu bewirken habe, welche zeitweise oder für immer uneinbringlich würden. . . . Diese Uneinbringlichkeit ergab

[1]) Arnold a. a. O. S. 252—254.

sich bei gewissen Frohngeldern und Ordinariſteuern durch Weigerung der Pflichtigen seit $18^{49}/_{50}$. Nun klagte das betreffende Kreisfiskalat gegen Fhr. v. F. auf Verwirklichung der behaupteten Haftung, bezw. auf Reszission des Abtretungsvertrages. Mit der Klage wurde unter Bezugnahme auf Art. 34 des Ablösungsgesetzes der Antrag verbunden, von den (wegen Fideikommißverbandes) gerichtlich hinterlegten Ablösungs-Schuldbriefen möge der zur Deckung der fraglichen Haftungs-Forderung (für Vergangenheit und Zukunft) erforderliche Betrag an Zinsabschnitten zurückgehalten werden. Dieses Arrestgesuch wurde in beiden Instanzen zurückgewiesen. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde geäußert:

Der Art. 34 des Ablösungsgesetzes von 1848 ist hieher nicht anwendbar, da es sich nicht von einer auf den abgetretenen Grundrenten ruhenden, vom Aerar beanspruchten Last handelt, sondern lediglich die Erfüllung einer angeblichen Kontraktsbedingung in Frage ist. Der Art. 34 bezweckte keineswegs, die civil- und prozeßrechtlichen Bestimmungen über Sequestration und Arrest bei Streitfragen, welche die Ablösung oder Uebernahme der Grundrenten betreffen, zu modifiziren. Es gilt vielmehr auch hier der in const. 1 de prohib. sequestr. (4, 4) ausgesprochene Grundsatz, daß, wenn über Kontraktserfüllung gestritten wird, nicht unter dem Vorwand der Sequestration die Exekution vor dem Urtheil verfügt werden soll [1]).

Es mußten also die Voraussetzungen gegeben sein, unter welchen nach GO. VIII §. 7 Nr. 2

---

[1]) „Quotics ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari. . . . . .“

Sequestrationen zulässig sind. Daran mangelt es hier. Der Vertrag, um dessen vollständige Erfüllung oder Rückgängigmachung es sich handelt, betrifft nicht die Person des Beklagten, sondern das Familienfideikommiß selbst. Da nun dieses nicht lediglich in den Ablösungsobligationen und deren Coupons besteht, so ist der Kläger bezüglich seiner Ansprüche gedeckt, wenn auch die Coupons nicht innebehalten werden. In diesem, das Fideikommiß selbst betreffenden Rechtsstreit ist der Beklagte als jetziger Fideikommißbesitzer der contradictor legitimus, und die Rechtskraft des darin erfolgenden Erkenntnisses erstreckt sich nach Maßgabe GO. XIV §. 11 Nr. 4 „Drittens" und Annotat. dazu auf alle Sukzessoren und Anwärter. Ein besonderes Interesse also, aus den fraglichen Coupons befriedigt zu werden, waltet auf Seite des Klägers nicht ob. . . . . .

OAGE. v. 3. Juli 1855 Nr. $1225^{54}/_{55}$.

4.

Servituten; Unterbrechung des Verjährungsbesitzes.

Preuß. LR. Th. I Tit. 22 §§. 13, 14, 28, 29; Tit. 7 §§. 80, 81, 82, 86, 126, 127 ff.; Tit. 9 §§. 507 ff., 570 ff, 589, 590, 601.

Die auf dem dienenden Grundstücke stattgefundene Verlegung einer einzelnen Strecke eines Weges, auf welchen ein Anderer den Besitz der Wegegerechtigkeit erlangt hat, unterbricht den Verjährungs-Besitz nicht, wenn durch jene Verlegung Zweck, Umfang und Zielpunkt der Servitut keine Aenderung erleiden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 26. Sept. 1854. Entsch. d. OT. Bd. 29 S. 60.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 8. Nov. 1856. 21. Jahrgang. № 23.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ist eine Widerklage gegen ein Mitglied der königlichen Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtssache zulässig? — Servituten-Ersitzung. Ist erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks Kenntniß von den Ausübungshandlungen hatte? — Hopfenkauf. Einwand unvollständig erfüllter Verkaufs-Beweislast. — Constitutum possessorium. —

Ist eine Widerklage gegen ein Mitglied der königlichen Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtssache zulässig?

In einem Rechtsstreite, in welchem ein Mitglied der königlichen Familie Klage wegen Nichtigkeit der Ingrossation eines Kaufvertrags erhoben hatte, wurde gegen dasselbe eine Widerklage auf Erfüllung jenes Kaufes von den Beklagten erhoben, von dem Vertreter des Herrn Klägers aber die Einlassung auf diese Widerklage verweigert, weil nach Kap. 8 §. 1 Nr. 5 der GO. in Sachen, welche von der Jurisdiktion des angegangenen Gerichts eximirt sind, gar keine Rekonvention gestattet, sondern eine solche Widerklage allezeit gleich ab- und an die Behörde verwiesen werden soll, die Mitglieder der kgl. Familie aber von der Jurisdiktion des mittels der Klage angegangenen kgl. Kr.- u. StG. eximirt seien.

Die erste Instanz verwarf diese Verweigerung der Einlassung, und auf erhobene Berufung bestä-

tigte das zuständige kgl. Appellationsgericht diesen Ausspruch aus folgenden Gründen:

„Eine Rekonvention kann, was von dem Vertreter des allerdurchlauchtigsten Widerbeklagten im Allgemeinen anerkannt wird, bei dem für die Klage zuständigen Gerichte selbst dann angebracht werden, wenn der Widerbeklagte unter dem ordentlichen Gerichtszwange dieses Gerichts nicht steht, sondern sich eines bevorzugten Gerichtsstandes erfreut. Cod. jud. Kap. 8. §. 1. Nr. 1. Die in Nr. 5 l. c. statuirte Ausnahme, daß in Sachen, welche von der Jurisdiktion desselben Gerichts eximirt sind, keine Rekonvention zu gestatten sei, ist hier nicht gegeben, denn es liegt keiner der im Cod. jud. Kap. 1 §. 13 spezifizirten Fälle der exemtio causae vor. Wenn das kgl. Familienstatut vom 5. August 1819 Tit. X Bestimmungen über den Gerichtsstand der Mitglieder des kgl. Hauses enthält, und auch als allerhöchster Spezialbefehl zu betrachten ist, so läßt sich doch nicht ersehen, daß in der Bestimmung dieses Titels für die rein persönlichen Klagen gegen die Mitglieder des kgl. Hauses ein privilegium causae begründet wäre. Die nahen Beziehungen, in welchen die Mitglieder des kgl. Hauses zu dem allerhöchsten Monarchen stehen, erscheinen wohl als Motiv, diesen Mitgliedern die höchsten Privilegien, welche einer Person eingeräumt werden können, zu verleihen, bieten aber keinen Anlaß, ein sachliches Privilegium zu gewähren, und es ist wohl nur eine dem Uebermaße des Eifers zuzuschreibende Verirrung des Anwalts, eine Personalklagssache gegen ein Mitglied des Regentenhauses als eine administrativ kontentiöse Streitsache im wahren Sinne zu bezeichnen. Das angeführte Familienstatut gibt im Tit. X durch den im §. 1 und 2 gemachten Unterschied zwischen realen und vermischten, dann andern persönlichen Klagen zu erkennen, daß es nur der Person

wegen, nicht aber wegen der Interessen der Krone, welche durch Rechtsangelegenheiten der Mitglieder des kgl. Hauses in Folge der Einwirkungen auf dessen Ruhe, Ordnung, Ehre und Wohlfahrt berührt werden, eine Ausnahme statuirte, weil bei dinglichen oder vermischten Klagen die gleichen Rücksichten, vielleicht bei der Wichtigkeit dinglicher Klagen in noch höherem Grade, obwalten würden, gleichwohl aber diese letzteren den ordentlichen Gerichten nicht entzogen sind. Der Umstand, daß in gewissen Fällen die Mitglieder des kgl. Hauses ausdrücklich dem Zwange der ordentlichen Gerichte unterstellt sind, gibt zu ersehen, daß die Mitglieder des kgl. Hauses auch der Gerichtsbarkeit über Unterthanen im Allgemeinen nicht entrückt sind, wie es denn in einem Staate monarchischer Verfassung, wie Bayern, außer dem Monarchen nur Unterthanen, wenn auch höchstbevorzugte geben kann. Wenn im Familienstatute für persönliche Klagen nur eine Instanz und ein von dem gewöhnlichen abweichendes Verfahren angeordnet ist, so begründet dieses kein privilegium causae. Auch jene Privilegirte, welche ihr Forum vor den kgl. AG. haben, erleiden verminderten Instanzenzug, und Personalklagen gegen sie, welche bei minder Gefreiten im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs zu verhandeln wären, unterliegen bei den AG. diesem modus procedendi nicht. Gleichwohl wird niemand beifallen, ihren Rechtsangelegenheiten deßhalb ein privilegium causae beizumessen. Die Anschauungsweise, daß den Personal-Klagsachen gegen Mitglieder des kgl. Hauses nur ein privilegium personae zur Seite stehe, ist eine so konstante und gleichmäßige, daß ein bewährter Kommentator der bayer. Gerichtsordnung ganz apodiktisch und ohne Zweifel an der Richtigkeit des aufgestellten Satzes unter den Personen, welche a foro ordinario ausgenommen sind,

die Glieder des königl. Hauses an erster Stelle aufzählt.

Seuffert's Komm. Bd. 1 S. 87 ed. I.

Diese Stelle gibt auch zu entnehmen, welche Anschauung in der Praxis darüber herrsche, daß sich die Glieder des kgl. Hauses eines so bezeichneten jus singulare erfreuen, welches eine Sonderstellung gegen die Vorschriften der GO., eine Ausnahme von der für die übrigen Landesunterthanen geltenden prozessualen Gesetzgebung begründen soll. Diese Ansicht der Praxis muß auch als die richtige erkannt werden, weil das kgl. Familienstatut im Tit. VIII §. 1 die Glieder des kgl. Hauses bezüglich ihres Privatvermögens an die Beobachtung der bürgerlichen Gesetze bindet, und unter die bürgerlichen Gesetze im weiteren Sinne auch die Civilprozeßordnung zu rechnen ist. Nach dieser, Kap. 8 §. 1, ist aber kein privilegium causae von solchem Belange, daß es der Zulässigkeit der Rekonvention vor dem Klags-Forum hinderlich wäre. Die Anmerkungen ad §. cit. sagen lit. b. I^mo:

„Die Regel, daß der Richter, welchen man für sich erkennt, auch wider sich erkannt werden müsse, ist in allen Rechten fundirt ꝛc. Es hindert auch nicht, ob es ein judex delegatus aut ordinarius sei ꝛc., und ebenso verhält es sich mit den Austrägalgerichten ꝛc.; forum privilegiatum actoris steht der Rekonvention nicht im Wege."

Und eben weil das Gesetz nicht unterscheidet, darf auch der Richter nicht unterscheiden. Aus der erwähnten Stelle der Anmerkungen widerlegt sich auch dasjenige, was in der Berufungsschrift über die Unzulässigkeit einer Rekonvention vor den Austrägalgerichten angeführt wurde, weil daraus hervorgeht, daß die deßfallsige Praxis wenigstens eine ungleichmäßige und es nach der bayer. Gesetzgebung nicht gebilligt gewesen sei, daß Austrägalgerichte die

Rekonvention nicht zuließen. Ueberdieß würde daraus, daß die Austrägalgerichte eine Rekonvention gegen Personen, welche ihren ordentlichen Gerichtsstand vor denselben nicht hatten, nicht zuließen, noch nicht der Schluß gezogen werden können, daß, wenn eine der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Austrägalgerichte untergebene Person gegen einen nicht gleich Gefreiten bei des Letzteren ordentlichem Gerichtsstand rekonvenirt würde, auch dieses letztere Gericht die Rekonvention zurückzuweisen habe, weil ersteres ein Ausnahmsverfahren wäre, und zwischen beiden Fällen eine vollkommene Analogie besteht. Mit Grund wurde daher die Einrede der Gerichtsunzuständigkeit in reconventione verworfen, und deßhalb ist das Erkenntniß I^mae in diesem Punkte zu bestätigen."

Es möge mir gestattet sein, meine Bedenken gegen diese oberrichterliche Entscheidung hier niederzulegen und in Folgendem zu begründen.

Die GO. unterscheidet im Kap. 8 §. 1 bezüglich der Zulässigkeit der Widerklagen zwischen dem privilegirten Forum und zwischen eximirten Sachen. Ersteres schützt nach Nr. 1 gegen die Widerklage vor dem hinsichtlich der Person des privilegirten Widerbeklagten sonst inkompetenten Gerichte nicht; dagegen ist nach Nr. 5 in eximirten Sachen keine Rekonvention gestattet.

Es wird sich daher zunächst um Lösung der Frage handeln:

> ist der Gerichtsstand, welcher den Gliedern der kgl. Familie angewiesen worden ist, ein forum privilegiatum, oder sind die Rechtsangelegenheiten derselben den eximirten Sachen beizuzählen?

Wer ein privilegirtes Forum habe und mithin von dem foro ordinario ausgenommen sei, bestimmt die GO. im Kap. 1 §. 11. Sie führt je-

doch hiebei das Oberhaupt des bayer. Staates und die Familie desselben nicht auf, fixirt aber im §. 12 die Fälle, in welchen das forum privilegiatum nicht statthabe und sagt am Schlusse desselben unter Nr. 11. „Lassen es Seine Kurfürstliche Durchlaucht in Dero eigenen Rechtssachen bei dem ferner gnädigst bewenden, was bemeldte Landesfreiheit in diesem Falle mit sich bringt.“ Im §. 13 bezeichnet sie die von dem ordentlichen Gerichtszwange eximirten Sachen, und sagt in Nr. 7, daß hiezu auch alle Gegenstände gehören, welche aus erheblichen Ursachen mittels kurfürstlichen Spezialbefehls von dem ordentlichen Gerichtszwange eximirt sind.

Der Gerichtsstand der Mitglieder der kgl. Familie ist durch die Familienstatute festgesetzt, und zwar zunächst durch das Familiengesetz vom 28. Juli 1808 (R. B. von 1808 S. 777—796), welches im Tit. X von der Gerichtsbarkeit über das kgl. Haus spricht und im Art. 77 bestimmt: „Real- und vermischte Klagen gegen ein Glied des kgl. Hauses werden bei dem einschlägigen Appellationsgerichte angebracht“ — im Art. 79 aber sagt: „Für alle anderen persönlichen gerichtlichen Angelegenheiten der Prinzen und Prinzessinnen des kgl. Hauses wird der König einen Familienrath anordnen.“ Diese Vorschriften sind in die Familienstatute vom 18. Januar 1816 (R. B. v. 1816 S. 747 und f.) und vom 5. August 1819 (R. B. v. 1821 S. 5 u. f.) übergegangen, und auf jenes vom 18. Januar 1816 ist im Tit. II §. 8 der Verf.-Urkunde Bezug genommen. Dieses Familienstatut stellt besonders in den Art. 10. 14. 24. 85. 88. 89. 90. 98 und 100 die Gerichtsbarkeit des Königs fest, und das an seine Stelle getretene Familienstatut vom 5. August 1819 wiederholt unter Bezugnahme auf die Verf.-Urk. die im Familiengesetze ausgesprochenen Grundsätze, im Tit. II §. 2 wörtlich sagend:

„Alle Glieder des kgl. Hauses sind der Hoheit und Gerichtsbarkeit des Monarchen untergeben und er übt als Haupt des Hauses eine besondere Aufsicht mit bestimmten Rechten über sie aus."

Man kann nicht sagen, daß diese Gerichtsbarkeit einen Bestandtheil im Organismus der zur Verwaltung der Rechtspflege für die Staatsbürger eingesetzten Gerichte bilde;

vgl. Organ. Edikt über die Gerichtsverfassung vom 24. Juli 1808. R. B. von 1808 S. 1775 u. f.

wenigstens nicht was die persönlichen Rechtssachen betrifft; ihre Ausübung ist singulär normirt, indem die Entscheidung in erster und letzter Instanz in die Hände des Königs gelegt und ein von dem gewöhnlichen abweichendes Verfahren vorgeschrieben ist.

Muß das Familienstatut, wie auch in dem angeführten appellationsgerichtlichen Erkenntnisse anerkannt worden, als ein Spezialbefehl des Königs im Sinne des Kap. 1 §. 13 Nr. 7 der GO. betrachtet werden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß alle Rechtsangelegenheiten der Glieder des kgl. Hauses als von dem gewöhnlichen Gerichtsstande eximirte Sachen zu betrachten sind, daß der König, von welchem nach Tit. 8 §. 1 der Verf.-Urk. alle Gerichtsbarkeit ausgeht, nur einen Theil dieser eximirten Rechtssachen an die Gerichte, nicht aber an die gewöhnlichen, sondern an die oberen Gerichte verwiesen hat, nämlich die Real- und vermischten Klagsachen, daß er aber alle anderen Rechtsangelegenheiten der Glieder seines Hauses seiner eigenen Gerichtsbarkeit vorbehalten und mithin von der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit eximirt hat.

Daß alle Rechtssachen dieser Art causae exemtae sind, ist um so mehr noch anzunehmen, als die Bestimmungen der Familienstatute des kgl. Hauses bezüglich des Gerichtsstandes der Glieder

desselben aus dem hervorgiengen, was zur Zeit des Bestehens des deutschen Reichs Rechtens war. Zu dem §. 11 Kap. 1 der GO., welcher von den privilegiis personae spricht, sagt Kreittmayr in den Anmerkungen lit. a.: „Hier ist die Rede nur von illustribus et nobilibus mediatis. Den Gegensatz hievon bilden die principes et illustres immediati, bezüglich welcher es in der angeführten Stelle wörtlich heißt: „Von dem privilegio principum aut immediatorum haben Stryck und Schweder ausführliche dissertationes geschrieben. Soviel das forum austraegale derselben insonderheit belangt, siehe oben §. 2 lit. a.“ An dieser Stelle wird aber hinsichtlich des forum austraegale durchaus auf die staatsrechtlichen Grundsätze des deutschen Reichs und auf die Bestimmungen der Kammergerichtsordnung verwiesen. Nach diesen, namentlich nach Th. 2, Tit. 27 der Kammergerichtsordnung von 1555 und nach Th. 2 Tit. 30 des Konzepts der KGO. mußten alle dem Kaiser und Reiche unmittelbar untergebenen Personen vor dem höchsten Reichsgerichte belangt werden, insofern sie nicht durch besondere Austräge hievon ausgenommen waren. Schon nach Tit. 24 und 26 der KGO. von 1495 standen aber den Kurfürsten, Fürsten und Fürstenmäßigen Austrägalgerichte gesetzlich zu, und unter den Letztgenannten waren die den fürstlichen Personen gleichstehenden Dignitarien, als Bschöfe u. s. w. zu verstehen, während apanagirte Prinzen als wahre Fürsten zu betrachten waren.

Vgl. Kreittmayr's Anm. zu Kap. 1 §. 2 der GO. und Dr. J. J. Prehn: Von den Austrägen, Halle 1779 S. 32 und 33; und ein solches privilegium austraegarum besaß das herzogliche Haus von Bayern bereits vermöge kaiserlicher Verleihung vom Jahre 1417 und beziehungsweise 1443.

Kreittmayr's Anm. zum Kap. 1 §. 12 der GO. lit. a.

Die Austrägalinstanz konnte aus Räthen des Beklagten allein oder von beiden Parteien zugleich niedergesetzt werden, und ein dritter unparteiischer Fürst oder ein kaiserlicher Kommissär konnte Austrägalrichter sein.

KGO. von 1555 Th. 2 Kap. 4.

Hierauf bezieht sich die erklärte Landesfreiheit von 1616, von welcher die GO. Kap. 1 §. 12 Nr. 11, wie gezeigt, spricht, nämlich im Art. 11: „Umb des Unterthans Ansprach zu seinem Landesfürsten (betrifft.) Würde jemandt zu uns, unsern Erben und Nachkommen zu sprechen oder zu klagen haben, der sol das thun vor unsern Räthen, vor den sollen wir auch gerecht werden, laut des Artikuls in des h. Reichs Ordnung deßhalben gesetzt."

Die Gerichtsbarkeit über die Mitglieder des bayer. Fürstenhauses hatte mithin mit der Gerichtsbarkeit über die Unterthanen schon nach diesen Bestimmungen nichts gemein, und dieser Unterschied wurde auch in der Konstitution vom 1. Mai 1808 aufrecht erhalten, indem der Tit. II §. 7 derselben ausspricht: „Alle Mitglieder des kgl. Hauses stehen unter der Gerichtsbarkeit des Monarchen," während der Tit. V die Grundsätze bezüglich der Gerichtsbarkeit über die Unterthanen aufstellt. An diesen Bestimmungen hat die Verf.-Urk. vom Jahre 1818 nichts geändert und letztere hat vielmehr auf das pragmatische Familiengesetz ausdrücklich Bezug genommen.

Daß das kgl. Familienstatut die Glieder des kgl. Hauses bezüglich ihres Privatvermögens an die Beobachtung der bürgerlichen Gesetze bindet, ändert daran, daß ihre Rechtssachen als von dem ordentlichen Gerichtszwange eximirt zu betrachten sind, nichts; denn wenn auch die Civilprozeßordnung unter die

bürgerlichen Gesetze im weiteren Sinne zu rechnen ist, so macht ja gerade bezüglich der persönlichen Klagsachen gegen Mitglieder des kgl. Hauses das Familienstatut eine solche sonst nirgend vorkommende Ausnahme sowohl bei der Verhandlung als bei der Entscheidung derselben, daß beide durchaus keine Aehnlichkeit mit dem haben, was in dieser Beziehung die Gerichtsordnung für die Unterthanen vorschreibt. Daß der König einen Theil der ihm vorbehaltenen Gerichtsbarkeit über die Glieder der kgl. Familie, die dinglichen und vermischten Klagen gegen sie, den Gerichten zweiter Instanz übertragen hat, ändert die Exemtion dieser Rechtssachen von dem gewöhnlichen Gerichtszwange gleichfalls nicht und kann ihren Gerichtsstand in einen privilegirten nicht verwandeln, weil es in der Befugniß des Königs steht, diese Ausnahmsbestimmung jeden Augenblick aufzuheben, so wie derselbe jeder Zeit das Familienstatut abändern kann [1]). Der Gerichtsstand der vormals reichsständischen Fürsten, Grafen und Herren ist ein ganz anderer als der der Mitglieder des kgl. Hauses. Derselbe ist im §. 6 der 4. Verf.-Beilage ausdrücklich als ein privilegirter bezeichnet, während diese Bezeichnung bezüglich des Gerichtsstandes der Glieder der kgl. Familie in keinem Gesetze sich findet, und gerade die hohe Stellung, die Würde und das Ansehen der letztern den Monarchen bestimmen mußte, sie in ihren Rechtssachen von dem gewöhnlichen Gerichtszwange sowohl, sowie überhaupt von jedem für die Unterthanen des Staats geltenden Gerichtszwange so weit zu eximiren, als er es nicht für nothwendig fand, die Ausübung eines Theils

---

[1]) Vgl. indessen über die Gesetzes-Eigenschaft des Familienstatuts: Pözl Lehrb. des bayer. Verfassungsrechts. Ausg. II §. 80 Note 1. — Red.

dieser ihm persönlich reservirten Gerichtsbarkeit einem Gerichte zu übertragen.

Wenn es auch in einem Staate mit monarchischer Verfassung, wie Bayern, außer dem Monarchen nur Unterthanen gibt, so ist ebenso außer Zweifel, daß schon das organische Edikt vom Jahre 1808 über die Gerichtsverfassung, zu einer Zeit erlassen, wo Bayerns König noch absoluter Monarch war, die Glieder der kgl. Familie bezüglich der Gerichtsbarkeit nicht in eine Reihe mit den Unterthanen stellte und daß die Bestimmungen in Ansehung der Gerichtsbarkeit über sie als ein solches jus singulare zu betrachten und zu behandeln sind, welches allen Erbmonarchien eigenthümlich ist, und vermöge dessen die Mitglieder des Regentenhauses einen approximativen Antheil an den Prärogativen des regierenden Fürsten haben. (Hefftter's Völkerrecht §. 55.) Als jus singulare derogiren aber die Bestimmungen über die persönliche Gerichtsbarkeit des Monarchen allen jenen Rechtssätzen, welche sich lediglich nur mit der an die Gerichte übertragenen Gerichtsbarkeit befassen, und da das Familienstatut alle persönlichen Klagsachen gegen ein Glied der kgl. Familie unbedingt und ohne Unterschied der persönlichen Gerichtsbarkeit vorbehält, so gilt auch hier der Grundsatz: lege non distinguente nec nostrum est distinguere.

Nach meinem Dafürhalten müssen also Klagsachen gegen Mitglieder der kgl. Familie als causae exemtae berrachtet werden, und eine Widerklage gegen ein Glied der kgl. Familie ist bei einem von demselben angerufenen Untergerichte unstatthaft.

W. L. H.

Nachschrift des Herausgebers. Bei den persönlichen Rechtsangelegenheiten der Glieder der kgl. Familie treffen die Eigenschaften des privilegium fori und der eximirten Sachen (GO. VIII

§. 1 Nr. 5) zusammen. In der Kategorie der persönlichen Klagsachen kommen viele Fälle vor, deren Verhandlung vor den Gerichten das Ansehen und die Würde der Angehörigen des Königshauses unter Umständen beeinträchtigen könnte; man denke an Defloration- und Paternitätsprozesse, Ehrenhändel und andere Deliktsklagen, Schuldklagen von besonderer Qualifikation u. s. w. Die Fälle solcher Beschaffenheit im Statute zu spezialisiren, wäre nicht wohl angegangen; man fand es daher angemessen, die ganze Kategorie der „persönlichen Rechtsangelegenheiten" der Kognition der Gerichte zu entziehen. Der Ausdruck der angeführten Stelle der GO. paßt hier allerdings; die persönlichen Rechtsangelegenheiten der Glieder der kgl. Familie sind, in Gemäßheit zusammenwirkender persönlicher wie sachlicher Erwägungen, von der Jurisdiktion der Gerichte eximirt. Es waltet hier ein politisches Interesse ob, vermöge dessen die Zuständigkeit der Gerichte auch nicht durch Prorogation begründet werden könnte.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Servituten-Ersitzung. Ist erforderlich, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks Kenntniß von den Ausübungshandlungen hatte?

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 179.

Von der überschriftlich bezeichneten Streitfrage handelte es sich in einem Falle, in welchem das angeblich dienende Grundstück während des Laufs der Ersitzung verpachtet war. Aus den oberstrichterlichen Motiven entnehmen wir, was folgt:

Das Erforderniß der besondern Kenntniß von den Besitzhandlungen und der Beruhigung dabei ergibt sich aus Const. 2 de servit. (3, 34), und eben aus jenen Gesetzstellen, welche, wie z. B. fr. 11 §. 1 de public. in rem act. (6, 2) patientiam erfordern, da diese ohne die besondere Kenntniß nicht denkbar ist. Die Const. ult. de long. temp. praescript. (7, 33) in fine aber, welche dagegen angeführt wird, hatte, wie aus der Vergleichung mit Const. 1 de usucap. transf. (7, 31) sich ergibt, nur den Zweck, die Zweifel zu heben, welche bei der Eigenthumsverjährung darüber bestanden, was unter An- und Abwesenheit zu verstehen sei, und ob der Lauf der Verjährung gegen Abwesende auch im Falle ihrer ignorantia statt habe. Dem Schlußsatze kann daher nur der Sinn beigelegt werden, daß diese Bestimmungen über An- und Abwesenheit auch bei der Servituten-Verjährung Anwendung zu finden haben, d. h. daß es auch da nur auf das Domizil, nicht auf die Lage des Objekts ankomme. Mehr in dieser Stelle zu suchen, verbietet die Verschiedenheit der Verjährung des Eigenthums und der Servituten in wesentlichen Stücken, so wie daß nicht angenommen werden kann, es habe nur nebenher bei Gelegenheit der Festsetzungen über absentia eine in das Wesen der Servituten-Verjährung so verändernd eingreifende Verfügung getroffen werden sollen. Zudem ist der Grund der Entscheidung in Const. 12 de acquir. et retin. poss. (7, 32) ein allgemeiner, nämlich: daß die Arglist oder die Nachlässigkeit des colonus dem Eigenthümer nicht schaden soll.

Uebrigens braucht nicht bewiesen zu werden, daß die Ausübung der Servitut auch „mit Willen" des fraglichen Eigenthümers geschehen sei; indem die scientia domini praedii servientis von selbst schon den Schluß auf seine patientia begründet, wenn er

nicht entgegengesetzte Thatsachen darzuthun vermag. OAGE. v. 22. Dez. 1855. Nr. 1533 53/54.

2.

Hopfenkauf. Einwand unvollständig erfüllten Verkaufs. Beweislast.

Der Klage auf Bezahlung einer Quantität (340 1/4 Pfd.) verkauften und überlieferten Hopfens wurde der Einwand entgegengesetzt: Kläger habe ihm allen seinen vorräthigen Hopfen, wenigstens vierzehn Zentner verkauft, und die Zahlung sei erst nach Ablieferung des Ganzen zu leisten. In Beurtheilung dieser Rechtssache wurde geäußert:

Der Verkäufer vertretbarer Sachen, wohin auch der Hopfen gehört, kann, sobald er eine Quantität vorgewogen und abgeliefert hat, sofort auf Zahlung, des nach Zentnern bestimmten Preises klagen. Denn, wenn Sachen nach Zahl, Maas und Gewicht verkauft werden, wird der Kaufsvertrag als solcher erst mit dem Vollzuge der Zuzählung oder Zuwiegung, aber auch für jene Quantität vollkommen perfekt, für welche dieselbe erfolgt ist.

Fr. 35 §. 5. 6 de contrah. emt. (18, 1).

Hat nun der Kläger behauptet, daß er nur Hopfen im Allgemeinen, ohne Begränzung oder Ausdehnung auf eine bestimmte Quantität an den Beklagten verkauft habe, und daß der Preis in Bezug auf das vorgelegte Muster auf 96 fl. pr. Zentner festgesetzt worden sei, so ist er um so mehr berechtiget, für die zugewogenen, abgelieferten und probehaltig befundenen 340 1/4 Pfd. Hopfen sofort Zahlung zu verlangen, als allseitig feststeht, daß Baarzahlung bei Ablieferung bedungen worden. Wenn hingegen der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages [1])

[1]) Vgl. indessen Komment. über die GO. Aufl. II Bd. II S. 308 lit. d. — Red.

geltend macht, indem er behauptet, daß der Kläger ihm allen seinen vorräthigen Hopfen zu mindestens vierzehn Zentnern verkauft habe, und die Baarzahlung erst nach Ablieferung des Ganzen zu leisten sei, so ist er verbunden, den Beweis dieses Vorbringens selbst zu übernehmen. Denn jener Einwand alterirt die rechtliche Wirksamkeit des Klagegrundes nicht im Geringsten, und ist lediglich dazu bestimmt, den Beklagten für den Augenblick, und bis zur vollständigen Ablieferung des noch rückständigen Hopfens von der Zahlung des Kaufschillings zu befreien, oder eine Widerklage auf gänzliche Erfüllung einer nur vorbereitenden, wenn auch vollkommen rechtsverbindlichen Uebereinkunft zu begründen, welche bis zur wirklichen Vorwiegung des Hopfens als Kaufvertrag noch nicht zur Perfektion gediehen ist, und eben deßhalb der Klage aus dem Kaufgeschäfte, so weit es wirklich schon perfekt geworden, gegenüber, nicht zur Begründung der Einrede des nicht, oder nicht vollständig erfüllten Vertrages benützt werden kann. Der Kläger verlangt in der That nicht mehr, als die Zahlung des Hopfenquantums, welches er dem Beklagten erwiesener und zugestandenermaßen durch Zuwiegung wirklich *verkauft* hat, und diese Forderung ist vollkommen liquid; die Frage, ob er dem letzteren noch mehreres abzulassen und zuzuwiegen, d. h. *zu verkaufen* versprochen, liegt außer dem Bereiche des Klagegrundes, und wenn der Beklagte bei deren Bejahung ein rechtliches Interesse hat, wenn er hieraus die Befugniß ableitet, den bereits fälligen Kaufschilling gleichwohl noch zurückzuhalten, so ist es lediglich seine Sache, dem Richter die Existenz eines solchen Versprechens nachzuweisen, und seine rechtlichen Folgerungen durch die entsprechenden Thatsachen zu begründen [1]).

---

[1]) *Borst* über die Beweislast §. 14, 24.

Wenn der Beklagte aus dem angeblichen Versprechen einer größeren Quantität Hopfens eine Widerklage ableitet, und hiebei Entschädigung verlangt, weil der Preis der Waare, seit der Zeit, da die Ablieferung hätte erfolgen sollen, zurückgegangen sei, so muß er beweisen, daß nicht nur Hopfen überhaupt, sondern der ihm vom Kläger verkaufte speziell zu jener Zeit den behaupteten Preis von 150 fl. pr. Zentner erreicht hatte. Denn es ist landkundig, daß nicht nur der in verschiedenen Gegenden gebaute Hopfen sehr verschiedene Preise hat, sondern daß eine Werthsdifferenz auch rücksichtlich des auf derselben Markung erzeugten Gutes stattfindet, wie dieß auch bei dem Weine der Fall ist, so daß aus dem Preise, wie er sich für das Hopfenprodukt einer Gegend oder Markung im Allgemeinen gestaltet, nicht mit zureichender Sicherheit auf den Werth der Erzeugnisse des einzelnen Produzenten geschlossen werden kann.

Erk. des kgl. Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 30. Juli 1846 Nr. 1410.

****
****

3.

Constitutum possessorium.

Preuß. LR. Th. I Tit. 7 §. 71.

Zur Gültigkeit eines constitutum possessorium beim Kaufvertrage bedarf es, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist, einer schriftlichen Erklärung des Constituenten.

Plenarbeschluß des Obertribunals zu Berlin v. 20. Nov. 1854. Entsch. d. OT. Bd. 29 S. 1.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 22. Nov. 1856. 21. Jahrgang. № 24.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Auslegung der Strafgesetze. Diebstahl. Amtsehrenbeleidigung. Körperverletzung. — Exekutivprozeß. Erkenntniß auf Leistung des Diffessionseides. Berufungszulässigkeit. — Statuten-Kollision bezüglich der Form von Immobiliar-Verträgen. Nothwendigkeit der schriftlichen Form solcher Verträge nach preuß. Rechte. — Ueber die Berücksichtigung der Rechte des abwesenden Vaters bei den im Interesse des minderjährigen Kindes zu treffenden Anordnungen. —

Zur Auslegung der Strafgesetze. Diebstahl. Amtsehrenbeleidigung. Körperverletzung.

1) Der oberste Gerichtshof hat in einem Falle, in welchem zwar von mehreren Personen die Ausführung eines Diebstahles verabredet worden, dieser Diebstahl jedoch nur von einer Person ausgeführt war, ausgesprochen, daß auch diejenigen Komplottanten, die an der Ausführung nicht Theil nahmen, für den erschwerenden Umstand der vorausgegangenen verabredeten Verbindung nach Art. II Nr. 9 der Verord. vom 25. März 1816 über den Diebstahl strafbar erscheinen,

„weil da, wo das Gesetz die Verübung einer That in vorausgegangener Verbindung als einen erschwerenden Umstand aufstellt, dieses jedem Miturheber im Komplotte anzurechnen sei, gleichviel, ob er bei Vollbringung der That selbst unmittelbar Theil genommen hat oder nicht, was schon im Begriffe des Komplottes liege; denn nach diesem stehen die zur Ausführung des Verbrechens unmittelbar mitwirkenden und die aus gemeinsamem Willen in die That einstimmenden Komplottanten auf gleicher Linie, und werden demzufolge, ohne Rücksicht der Größe der thätigen Mitwirkung eines

jeden Einzelnen, derselben Strafbestimmung unterworfen [1])."

Dieser allgemein ausgesprochene Grundsatz mag vielleicht beim Raube, bei der Körperverletzung [2]) vollkommen richtig sein, bei dem Diebstahle läßt er sich bestreiten.

Der Art. 221 Thl. I des StGB. bezeichnet es als einen geflissenen gefährlichen Diebstahl, wenn sich der Dieb mit Einem oder Mehreren zur Ausführung dieses Verbrechens verbunden hatte; nach dem Wortlaute des Gesetzes lag also die höhere Strafbarkeit hier schon in der gemeinsamen Verbindung, obgleich sich nicht leugnen läßt, daß der Gesetzgeber auch hier vielleicht schon an die gemeinsame Ausführung dachte, indem die Anmerkungen zur allegirten Stelle [3]) anführen, daß hierin eine größere Kraft liege, was bei der bloßen Verabredung zur Ausführung nicht wohl, sondern nur bei der Ausführung selbst der Fall sein kann. Es ist aber mit diesem Artikel, wie in anderen Fällen, wo lediglich die gemeinsame Verabredung als erschwerender Umstand in Betracht kommt, nur ausgesprochen, daß das Komplott bei dem Diebstahle nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nach dieser besonderen Bestimmung zu bestrafen sei.

Anders verhält sich aber die Sache nach der Bestimmung des Art. II Abs. 9 der erwähnten Verordnung vom 25. März 1816, welche die Bestimmungen des StGB. über den Diebstahl aufgehoben und andere an deren Stelle gesetzt hat. Dort ist

---

[1]) Ztschr. f. G. u. R. Bd. III S. 24—25.

[2]) Der Art. 368 Thl. I des StGB. spricht von einem Anfalle in verabredeter Verbindung mehrerer Personen, gleichwohl aber nur von der Strafe „des" nicht „der" Uebertreter.

[3]) Bd. II S. 127.

als besonders erschwerender Umstand bezeichnet: „Wenn zwei oder mehrere Personen, außer dem Falle einer Diebsbande, den Diebstahl in vorausgegangener Verbindung begangen haben.“ Es genügt also hier nicht blos die gemeinschaftliche Verabredung, sondern es müssen wenigstens zwei Personen den Diebstahl auch gemeinschaftlich begehen. Wenn sich Jemand mit einem Anderen zu einem gemeinschaftlich auszuführenden Diebstahle verbunden hat, dieser Andere vollführt aber, wenn auch gegen den Willen des Verbündeten, den Diebstahl allein, so liegt eben der in der Diebstahlsnovelle angeführte erschwerende Umstand nicht vor, und bei dem Mangel der Existenz eines solchen kann weder der physische Urheber, noch der Miturheber im Komplotte für denselben verantwortlich gemacht werden.

Dagegen ist es unrichtig, wenn man allgemein behauptet[4]), daß, wenn ein Komplottant, der an der Ausführung eines von ihm mit Anderen beschlossenen Diebstahles nicht mitgewirkt hat, für den erschwerenden Umstand der Ausführung in verabredeter Verbindung bestraft werde, ihm hier die verabredete Verbindung doppelt in Anrechnung gebracht werde, einmal als Komplott und einmal als verabredete Verbindung. Wenn von mehreren Komplottanten wenigstens zwei den Diebstahl ausgeführt haben, haften auch alle übrigen für den erschwerenden Umstand der gemeinschaftlichen Ausführung eben so gut, wie der intellektuelle Urheber, der zwei Personen verleitet hat, gemeinschaftlich einen Diebstahl auszuführen; sie wollten eine Ausführung durch mehrere Personen, und dieser ihr Wille ist denn auch in Erfüllung gegangen. Der erschwerende Umstand liegt aber in der Ausführung durch wenigstens zwei Personen, nicht in der Verabredung hiezu,

[4]) Bl. f. RA. Bd. III S. 310.

diese wird also nur immer einmal in Anrechnung gebracht.

2) Es ist konstante Praxis, daß derjenige, der über ein Landgericht oder ein diesem koordinirtes oder subordinirtes Staatsamt unter den im Art. 405 Abs. 2 Thl. I des StGB. angeführten Voraussetzungen sich beleidigende Aeußerungen erlaubt, ohne den Träger des Staatsamtes persönlich anzugreifen, nach Art. 407 l. c. wegen beleidigter Amtsehre bestraft wird. In einer solchen Handlung liegt aber gar kein strafrechtliches Reat.

Das Strafgesetzbuch verlangt zum Thatbestande des Vergehens der Beleidigung der Amtsehre immer (mit einer einzigen Ausnahme) einen Angriff gegen die Person des Beamten selbst. Das geht schon aus der Definition hervor: „Wer die Ehrfurcht, welche der Würde des Staatsamtes selbst gebührt, durch Ehrenbeleidigung eines Staatsbeamten — verletzt, ist der Beleidigung der Amtsehre schuldig" und „nur die Beleidigung eines Staatsbeamten gilt für beleidigte Amtsehre;"[5]) in gleichem Sinne drücken sich auch die Anmerkungen zum StGB.[6]) aus.

In Anerkennung der Richtigkeit dieses Grundsatzes, daß die Person des Trägers des Staatsamtes beleidigt worden sein muß, wenn das erwähnte Vergehen vorliegen soll, hat auch der oberste Gerichtshof ausgesprochen, daß an einem verstorbenen Beamten keine Amtsehrenbeleidigung, wohl aber an einem in Ruhestand versetzten begangen werden kann[7]).

Als Ausnahme von diesem Grundsatze hat das StGB. jedoch auch eine Amtsehrenbeleidigung an einem königlichen Kollegium aufgenommen[8]).

---

[5]) Art. 405 Thl. I des StGB.
[6]) Bd. III S. 272—273.
[7]) Ztschr. f. G. u. R. Bd. I S. 82, Bd. II S. 1. vgl. auch Bd. III S. 236.
[8]) StGB. Thl. I Art. 406.

Was unter „Kollegium" zu verstehen sei, ist im Sinne der VU. aufzufassen, wornach also „Landgerichte", „Kreis- und Stadtgerichte" und andere diesen koordinirte oder subordinirte Stellen nicht mit inbegriffen sind. Wenn nun gleich an diesen, wie an juristischen Personen überhaupt eine Beleidigung stattfinden kann [9]), so geht doch schon aus einer Vergleichung des Art. 406 Thl. I des StGB. mit Art. 407 hervor, daß das StGB. eine Beleidigung an diesen juristischen Personen unter keiner Voraussetzung als Amtsehrenbeleidigung betrachtet haben will, weil im Art. 406 von der Ehrenbeleidigung an einem k. Kollegium *oder* dessen Kommissarien, im Art. 407 nur von Ehrenbeleidigungen, an *anderen* (d. h. im Range nieder stehenden) Staatsbeamten die Rede ist, hier also das Staatsamt selbst, dem sie angehören, als solches ausgeschlossen wird.

Abgesehen hievon enthält, wie erwähnt, der Art. 406 eine Ausnahmsbestimmung von dem an die Spitze gestellten Grundsatze, daß die Beleidigung der Amtsehre nur an der Person eines Beamten begangen werden kann, und wenn solche Ausnahmsbestimmungen schon im Allgemeinen nicht extensiv interpretirt werden dürfen, so kann dieses um so weniger bei Strafgesetzen der Fall sein.

Wenn daher über die Handlungsweise eines Landgerichts, eines Kreis- und Stadtgerichts Aeußerungen fallen, die beleidigender Natur sind, so mögen sie nach Umständen polizeilich strafbar erscheinen, aber unter die Bestimmungen des StPG. Thl. I Art. 406 u. 407 können sie nicht subsumirt werden [10]).

---

[9]) Fr. 3 §. 1. 2 (XLVII, 10) *Weber* über Inj. u. Schmähschr. I. S. 162.

[10]) Gegen die oben vertheidigte Ansicht läßt sich anführen, daß die Beleidigung einer gewissen Person nicht

3) Viele Gerichte sind der Ansicht, daß eine kulpose Körperverletzung mit Waffe verübt, die als dolose mit einer Vergehensstrafe behandelt werden müßte, den Charakter eines Vergehens behalte[11]).

Diese Ansicht dürfte sich kaum rechtfertigen lassen. Zur Begründung derselben beruft man sich auf Art 69 Thl. I des StGB. Anmerk. hiezu Bd. III S. 209 und Reskript v. 8. Febr. 1817[12]).

Durch diese Gesetzesstellen ist allerdings ausgesprochen, daß, wenn die Strafe des Vorsatzes eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe übersteigt, d. h. wenn auf eine Gefängnißstrafe von 6 Monaten oder mehr erkannt werden kann, die Strafe der Fahrlässigkeit Gefängniß, jedoch nicht über einen Monat bildet,

---

gerade durch Nennung derselben bedingt ist, sondern daß auch hier, wie in anderen Beziehungen, eine unzweideutige Bezeichnung (demonstratio) die Stelle der Nennung vertreten kann. In der gegen ein „Landgericht" ausgestoßenen Beleidigung erscheinen die das Landgericht bildenden, insbesondere die bei der fraglichen Amtshandlung betheiligten Staatsbeamten als Injuriaten im Sinne des Art. 405. Daraus, daß die Verübung „an einem königlichen Kollegium" eine schwerere Strafe nach sich zieht, kann wohl nicht gefolgert werden, daß die Verübung durch beleidigende Aeußerungen gegen ein Amt, welches zwar aus mehreren physischen Personen gebildet ist, aber nicht in der Kategorie königlicher Kollegien steht, auch nicht der geringeren im Art. 407 gedrohten (Vergehens-) Strafe unterliege. Vielmehr äußert hier das Nichtsein der Eigenschaft eines königlichen Kollegiums seine Folge nur darin, daß nicht die im Art. 406, sondern die im Art. 407 gedrohte mildere Strafe zur Anwendung kömmt. — S.

[11]) Z. B. Erk. d. AG. von Oberbayern in S. Alois Ruf von Wackerstein; Erk. d. AG. v. Mittelfranken in S. Maderer von Altorf v. 19. April 1856.

[12]) L. S. Nr. 161.

und daß bei einer Gefängnißstrafe von 6 Monaten oder weniger für den Vorsatz, die Strafe der Fahrlässigkeit der Polizeibehörde anheimfalle.

Wenn nun auch die Strafe des dolosen Vergehens der Körperverletzung mit Waffe nach Art. 368 Thl. I des StGB. zwischen sechsmonatlichem und zweijährigem Gefängnisse auszumessen ist, bleibt doch diese Körperverletzung, aus Fahrlässigkeit verübt, immer nur polizeilich strafbar.

Der oberste Gerichtshof hat nämlich mehrfach ausgesprochen, daß die Strafe der Fahrlässigkeit nach dem gewöhnlichen, nicht qualifizirten Dolus auszumessen sei; unter dem qualifizirten rechtswidrigen Vorsatz werde aber derjenige verstanden, bei dem ein Beschluß mit Vorbedacht oder eine Ausführung mit Ueberlegung vorhanden sei, dieser könne bei der fahrlässigen Tödtung nicht in Betracht kommen, weil Art. 69 Thl. I des StGB. nur vom rechtswidrigen Vorsatze überhaupt spreche, und es sei daher die Strafe der fahrlässigen Tödtung nur nach der Strafe des Todtschlages und nicht nach der Strafe des Mordes zu berechnen [13]).

Dieser auf einen speziellen Fall angewandte allgemeine Grundsatz muß aber, wie bei der höheren so auch bei der niederen Potenz gleiche Geltung finden. Auch bei dem Vergehen der Körperverletzung gibt es einen gewöhnlichen und einen qualifizirten Dolus, und während letzterer nach den Art. 367 u. 368 Thl. I des StGB. und der Ver. v. 22. Febr. 1814 zu bestrafen ist, ist dem ersteren durch Art. 7 des Ges. v. 29. August 1848, einige Abänder. d. I. Thl. d. StGB. betr., Rechnung getragen. Hiernach kann aber die Strafe des Vergehens der Körperverletzung mit Waffe (verübt ohne Ueberlegung

---

[13]) Sitzgsb. Bd. IV. S. 291. 295. 463.

und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zornes, d. h. bei gewöhnlichem Dolus) im Maximum nur auf sechs Monate Gefängniß erstreckt werden, darf diese Dauer nie übersteigen und ist daher der Reat als fahrlässige Handlung nach den oben angeführten Gesetzesstellen immer nur polizeilich strafbar.

Kleiner.

Exekutivprozeß. Erkenntniß auf Leistung des Diffessionseides. Berufungszulässigkeit.

Vgl. Komment. üb. d. GO. Bd. IV Aufl. II zu Kap. XV §. 3 Note 39.

Unter den im §. 52 der Novelle von 1837 verordneten Ausnahmen von der Regel, daß gegen Zwischenbescheide selbstständige Berufung nicht stattfinde, ist das Erkenntniß auf Leistung des Diffessionseides (GO. XI §. 8 Nr. 6) nicht begriffen. Daher hat sich bezüglich dieses Falles der Eideszuerkennung die Praxis für Unzulässigkeit selbstständiger Berufung festgestellt [1]). Diese Feststellung bezieht sich aber nicht auf dergleichen Erkenntnisse, wie sie im Exekutivprozesse vorkommen. Hat der Beklagte, etwa auf Grund von Ausstellungen über die Beschaffenheit der vorgelegten Urkunde, vorerst die Statthaftigkeit des Exekutivprozesses bestritten [2]) und nur eventuell difitirt, so ist, wenn jene Ausstellungen als unerheblich erscheinen, auf Leistung des Diffessionseides zu erkennen. Dieses Erkenntniß enthält aber zugleich den Ausspruch über die bestrittene Statthaftigkeit der Prozeßart, und fällt sonach unter die Kategorie der unter Nr. 3 des §. 52 aufgestellten Ausnahme. Demzufolge ist hier die selbstständige Berufung zur zweiten Instanz nicht ausgeschlossen; wohl aber, unter Voraussetzung der

[1]) Bl. f. RA. Bd. XIV S. 63; Bd. XVII S. 399.
[2]) Vgl. Komment. ü. d. GO. Aufl. II Bd. II S. 68.

Uebereinstimmung der Urtheile I. und II. Instanz, das Rechtsmittel der Oberberufung [3]).

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Statuten-Kollision bezüglich der Form von Immobiliar-Verträgen. Nothwendigkeit der schriftlichen Form solcher Verträge nach preuß. Rechte.

A. klagte gegen B. auf Erfüllung eines Kaufvertrages, welcher nach des Klägers Behauptung zwischen ihm und dem B. in der Wohnung des Letzteren zu Nürnberg über mehrere in einem benachbarten Bezirke gelegene Grundstücke, woselbst das preuß. Landrecht zur Anwendung kommt, mündlich abgeschlossen worden sein soll. Beklagter Seits wurde widersprochen, daß der Kaufvertrag wirklich abgeschlossen worden sei, und eventuell dessen Rechtsgiltigkeit wegen Mangels der im erwähnten Landrechte vorgeschriebenen schriftlichen Errichtung bestritten. Die Vorinstanzen erachteten die Einrede für gegründet und erkannten auf Abweisung der Klage. In dritter Instanz erging ein bestätigendes Erkenntniß aus nachstehenden Gründen:

Da das Nürnberger Statutarrecht über die Form der Kaufverträge und insonderheit derjenigen über Immobilien keine Bestimmungen enthält und das in Nürnberg subsidiär geltende gemeine Recht eine schriftliche Form für dergleichen Verträge nicht vorschreibt, das preuß. Landrecht aber, welchem die in Frage stehenden Immobilien unterworfen sind, die Giltigkeit solcher Verträge von Beobachtung der schriftlichen Form abhängig macht, so liegt eine Kollision der Statuten vor.

Ueber die Frage, ob die Giltigkeit eines Ver-

[3]) Vgl. Nov. v. 1837 §. 54 Nr. 1.

trages über Immobilien bezüglich der äußeren Form nach den Gesetzen des Ortes der Vertragsschließung oder nach den Gesetzen des Ortes, wo die Immobilien liegen (den sog. Realstatuten), zu beurtheilen sei [1]), sind die Ansichten der Rechtsgelehrten verschieden, es verdient jedoch die Meinung derjenigen, welche das letztere annehmen und welchen namentlich auch Bornemann in der systematischen Darstellung des preuß. Civilrechts Bd. I S. 207 (erste Ausg.) beigetreten ist, den Vorzug, denn:

1) Es ist ein allgemein anerkannter und unbestrittener Grundsatz, daß die Rechtsverhältnisse bezüglich unbeweglicher Sachen, soferne dieselben einzeln für sich und nicht als Bestandtheile einer universitas juris in Betrachtung kommen, insonderheit die Erwerbung und der Verlust der Rechte an Immobilien nach den Gesetzen des Orts, an welchen die betr. Objekte liegen, zu beurtheilen sind.

Göschen, Vorlesungen Bd. I §. 113.

Glück, Pand. Komment. Bd. I §. 76 2. Ausg.

Mühlenbruch, Pand. Recht Bd. I §. 72 Nr. 2.

Seuffert's P. R. §. 17 Nr. 2 S. 23 3. Ausg.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des Civilrechts Bd. I S. 68 zu F.

Beseler, deutsches Privatrecht Bd. I §. 3 Nr. III u. V b.

2) Dieser Grundsatz ist aber nicht blos in so weit anzuwenden, als jene Gesetze Bestimmungen über den unmittelbaren Erwerb des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte an Grundstücken enthalten, sondern auch in so weit, als sie die Giltigkeit der über die Ver-

[1]) Nach Thl. I Tit. 5 §. 115 des pr. Landr. müssen in allen Fällen, wo unbewegliche Sachen, deren Eigenthum, Besitz oder Nutzung, der Gegenstand eines Vertrages sind, wegen der Form die Gesetze des Orts, wo die Sache liegt, beobachtet werden.

äußerung von Grundstücken geschlossenen Verträge betreffen, weil ein solcher Veräußerungsvertrag die Uebertragung des Eigenthums bezweckt, und sobald er als ein wirksames obligatorisches Verhältniß unter den Kontrahenten anerkannt wird, als causa praecedens, die Verpflichtung des Veräußernden zur Uebergabe des Vertragsobjekts an den anderen Kontrahenten begründet, durch welche der Eigenthumserwerb von Seite des letzteren geschieht, mithin den Uebergang des Eigenthums an diesen zur nothwendigen Folge hat, und daher der Kraft und Wirkung nach schon den Akt der Veränderung im Eigenthum enthält.

Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 2 S. 3.

Eichhorn deutsches Privatrecht §. 36 S. 104 4. Ausg.

v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts Bd. I §. 22 S. 68 Ziff. 3 5. Aufl.

v. Holzschuher a. a. O. S. 69.

3) Es muß demnach konsequenterweise auch die Giltigkeit des Veräußerungsvertrages bezüglich der Form nach den Realstatuten beurtheilt werden, wenn diese eine bestimmte Form vorschreiben und deren Beobachtung zur absoluten Bedingung der Giltigkeit des Rechtsgeschäftes machen.

Glück a. a. O. §. 14 b. S. 103 — 106.

Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatrechts §. 63 S. 76.

4) Das pr. Landrecht, unter dessen Herrschaft die fraglichen Immobilien liegen, schreibt aber nicht nur als Regel vor, daß jeder Vertrag, dessen Gegenstand über 50 Thlr. sich beläuft, schriftlich errichtet werden muß, widrigenfalls, wenn er noch von keiner Seite erfüllt worden, daraus keine Klage stattfindet, Th. I Tit. 5 §. 131 und 155, sondern es verordnet auch noch ganz allgemein und ohne Rücksicht auf eine Summe im §. 135 ibid., daß Verträge und Erklärungen über Grundgerechtigkeiten

allemal schriftlich abgefaßt werden müssen, welche Vorschrift um so mehr auch von Verträgen über Veräußerung von Immobilien zu gelten hat, da nach Th. I, Tit. 10 §. 15 u. 16 alle Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstückes etwas verfügt wird, sogar gerichtlich oder vor einem Justizkommissär aufgenommen werden müssen, wenn die Eintragung des Besitztitels in das Hypothekenbuch bewirkt werden soll, indem diese auf den Grund eines bloßen Privat- wenn auch schriftlichen Vertrages nicht statt findet, und einem solchen Vertrage nach §. 17 ib. blos die Wirkung einer Punktation (Tit. 5 §. 120 ff.) beigelegt ist, so daß aus demselben — aber nur bei beobachteter schriftlicher Form — auf Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden kann.

Hieraus ergibt sich unzweifelhaft, daß das pr. Landrecht die schriftliche Form bei Kaufverträgen über Immobilien zur nothwendigen Bedingung ihrer Gültigkeit und Klagbarkeit erfordert, und an die Nichtbeobachtung dieser Form die Folge der Nichtigkeit des Vertrages knüpft, weil hier die schriftliche Abfassung nicht blos des erforderlichen Urkundenbeweises wegen, sondern auch hauptsächlich darum gefordert wird, weil die Schrift nothwendige Basis der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung solcher Verträge und diese wiederum nothwendige Bedingung der zu bewerkstelligenden Eintragung des Besitztitels in das Hypothekenbuch ist.

Bornemann a. a. O. §. 173 S. 460 und §. 178 Nr. 3 S. 507.

Hiernach konnte dem nach eigener Angabe des Klägers blos mündlich geschlossenen Kaufvertrage eine Wirksamkeit nicht beigelegt werden, weßhalb die Klagabweisung gerechtfertiget erscheint.

OAGE. v. 23. Mai 1855. Reg. Nr. $261^{53}/_{54}$.

G.

2.

Ueber die Berücksichtigung der Rechte des abwesenden Vaters bei den im Interesse des minderjährigen Kindes zu treffenden Anordnungen.

Der Vater eines nur wenig Jahre alten Kindes hatte sich aus der Heimat heimlich entfernt und soll nach Amerika ausgewandert sein. Das Kind ließ er in den Händen seiner im benachbarten Auslande wohnenden Schwiegermutter; da diese jedoch der Confession, in welcher das Kind erzogen werden soll, nicht angehört, so trugen die väterlichen Seitenverwandten Bedenken, ihr das Kind zu belassen, der Vormund ließ sich zur Klage bei dem Gerichte der Großmutter auf Herausgabe des Kindes ermächtigen, welche auch die entsprechende Verurtheilung zur Folge hatte. Nun erklärte die Großmutter, sie beachsichtige ihre Enkelin zu adoptiren und beantragte zu diesem Ende bei der Vormundschaftsbehörde die Gestattung der Auswanderung des Kindes. Die erste Instanz ließ sich zur Verwerfung dieses Antrags durch die berührten konfessionellen Rücksichten bestimmen, hinsichtlich welcher die Antragstellerin jedoch sofort die geeigneten Garantien darbot. Aber auch das Appellationsgericht glaubte dem Antrage nicht deferiren zu können, weil durch die verlangte Anordnung in die Rechte des Vaters eingegriffen würde. Der oberste Gerichtshof spricht sich über diese Frage in folgender Weise aus:

Die Verfügung über eine Aenderung der Landeshörigkeit des Kindes, sowie über seinen Aufenthalt und seine Erziehung, fällt allerdings in den Bereich der väterlichen Gewalt und der dem Vater zustehenden natürlichen Vormundschaft. Zur Wirksamkeit dieser Rechte des Vaters wird aber vorausgesetzt, daß dieser sich nicht außer Stand gesetzt habe, die-

selben auszuüben, wie im vorliegenden Falle N.... gethan hat, indem er sich vor mehreren Jahren aus dem Vaterlande heimlich — angeblich nach Amerika — entfernte, ohne irgend einen Verkehr mit der Heimat zu pflegen und ohne sich um sein Kind zu kümmern, welches er schon vorher der Fürsorge seiner Schwiegermutter anheimgestellt hatte.

Die nothwendige Folge dieses Verhältnisses ist nun, daß an die Stelle der väterlichen Fürsorge diejenige einer für das Kind aufgestellten Vormundschaft und die der Obervormundschaftsbehörde getreten ist, welche, ohne weitere Rücksicht auf den Vater, alle Maßnahmen vorzukehren verpflichtet und berechtigt sind, die das Wohl des Kindes erheischen kann, sie mögen das Vermögen des Kindes oder dessen Person betreffen.

Wollte man der väterlichen Gewalt in einem solchen Falle, im Sinne des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses, eine fortdauernde Wirksamkeit gestatten, so wäre das Kind in den wichtigsten, oft unverschieblichen Handlungen des Lebens, — der Verehelichung, den Verfügungen über das Vermögen ꝛc. — gehindert und gewissermaßen rechtlos gestellt.

Diese aus der Natur der Sache geschöpfte Ansicht liegt auch verschiedenen Bestimmungen des römischen Rechts zu Grunde.

Wenn der Vater abwesend und sein Aufenthaltsort unbekannt ist, insbesondere wenn er sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, so kann nach fr. 12 §. 3 de captivis et postliminio (49, 15), der Haussohn heirathen, ohne daß es dem Vater, wenn er zurückkehrt und die väterliche Gewalt wieder in Wirksamkeit tritt, gestattet ist, die Verheirathung wegen Ermangelung seiner Einwilligung anzugreifen.

Nach fr. 9 §. 1 und fr. 10 de ritu nuptia-

rum (23, 2) soll in solchem Falle die Zurückkunft des Vaters drei Jahre lang abgewartet werden; der in fr. 11 ebendaselbst aufgenommene Ausspruch heißt aber auch eine früher von dem Sohne oder der Tochter eingegangene Ehe giltig, wenn die Wahl so getroffen wird, daß man vermuthen kann, der Vater würde sie nicht verwerfen. Hierbei wird keine Vernachlässigung der Vaterpflichten vorausgesetzt; — viel weiter geht aber das römische Recht, wenn dem Vater eine solche zur Last fällt. Hat der Vater längere Zeit (diu) zugelassen, daß die Angelegenheiten des Sohnes durch den im Testamente der Mutter bezeichneten Vormund geführt werden, so kann darin eine Verzichtleistung auf die väterliche Gewalt gefunden werden.

Const. 1 de patria potestate (8, 47).

Die Aussetzung des Kindes zieht vollends den Verlust der väterlichen Gewalt sofort nach sich.

Const. 2 de infantibus expositis (8, 52).

Vgl. auch Burchardi gemeinrechtliches Erziehungsrecht, im Archiv für civil. Praxis B. 8. S. 177. —

Hiernach kann es bei der obervormundschaftlichen Beschlußfassung über die beantragte Uebernahme des Kindes von Seiten der Großmutter und der damit zusammenhängenden Auswanderung des Ersteren nur noch darauf ankommen, ob diese Maaßnahme dem Wohle des Kindes angemessen ist. Hierüber kann aber nach dem Inhalte der Akten nicht der mindeste Zweifel erhoben werden. Gegen die Persönlichkeit der Wittwe W .... und ihre Befähigung zur Erziehung des Kindes ist kein Anstand erhoben worden.

Durch die Bande der Natur ist aber die Großmutter in Ermangelung der Eltern dem Kinde am nächsten und von ihr kann mit größerer Zuversicht als von Seitenverwandten eine uneigennützige, sorgfältige Pflege des Kindes gewärtigt werden. Dieses

natürliche Verhältniß hat im neuesten römischen Rechte, — im Widerspruche mit dem früher festgehaltenen Grundsatze, daß die Vormundschaft ein Geschäft für Männer (virile officium) sei, — die Verfügung herbeigeführt, daß in Ermangelung der Eltern die Großmutter, mit Ausschluß der Seitenverwandten, mit der Vormundschaft betraut werden soll.

Nov. 118, Cap. 5.

Den vorzugsweisen Anspruch der Mutter und Großmutter auf die Erziehung und persönliche Pflege des Kindes hatte schon das frühere Recht anerkannt.

S. Rudorff das Recht der Vormundschaft S. 246 u. f.

Das Nämliche verfügt das hier zunächst maaßgebende Mainzer Landrecht Tit. V §. 1.

Die Zuweisung der Erziehung an die Großmutter empfiehlt sich hier insbesondere durch das Geschlecht des Kindes.

Vgl. Burchardi a. a. O. S. 173.

Endlich verdient der Umstand ganz vorzügliche Berücksichtigung, daß der Vater selbst schon während seiner Anwesenheit in der Heimat das Kind der Fürsorge der Großmutter anvertraut und ihr dasselbe bei seiner Entfernung belassen hat.

Das vom k. Appellationsgerichte in Bezug genommene Nutzungsrecht des Vaters an dem Vermögen des Kindes kann hierbei nicht berücksichtigt werden, da dieses Nutzungsrecht, zufolge Tit. VII §. 3 des Mainzer Landrechts durch die Wiederverehelichung des R... aufgehört hat und derselbe ohnehin die dem Nutzungsrechte gegenüber stehenden Pflichten gegen das Kind in keiner Weise erfüllt.

OAGE. v. 10. Oktober 1856 Nr. $1573^{55}/_{56}$.

M.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 6. Dez. 1856. 21. Jahrgang. № 25.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Muttergutsauszeige für die Kinder von Siegelmäßigen. — Nichtigkeitsbeschwerde einer kathol. geistlichen Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des protestant. Ehegerichts. — Zur Erläuterung des Art. III der Verordn. v. 28. Juli 1818, die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. — Wiefern berechtiget die Erfüllungssäumniß des Verkäufers den Käufer, vom Verkaufe zurückzutreten und auf das Interesse zu klagen? — Beweis von Dolus und bösem Glauben. —

Die Muttergutsauszeige für die Kinder von Siegelmäßigen.

Schon in Bd. IX S. 157 ff. dieser Blätter wurde auf ein oberstrichterliches Erkenntniß hingewiesen, nach welchem es der Obervormundschaftsbehörde zusteht, hinsichtlich der Muttergutsauszeige von Seite siegelmäßiger Väter genaue Aufschlüsse zu verlangen.

Der Rechtsgrundsatz, daß es dem ordentlichen Gerichte zusteht, ex officio von der Muttergutsauszeige eines siegelmäßigen Vaters Kognition zu nehmen, wenn dessen Kinder noch minderjährig sind, und daß insbesondere das Gericht auf die Sicherstellung des ausgezeigten Muttergutes von Seite des siegelmäßigen Vaters offiziellen Bedacht zu nehmen habe, hat ein allgemeines Interesse, indem im Falle seiner Nichtanwendung das Vermögen vieler Minderjährigen sehr gefährdet sein könnte. —

Das ältere Landrecht von 1616 verordnete in Tit. III Art. 4:

„Wem seine eheliche Hausfrau mit Tod abgehet, und sie eheleibliche Kinder, von ihnen beyden geboren, hinter ihr verläßt, so soll alsdann der verwittibt, er greife zur andern Ehe oder nicht, denselbigen seinen Kindern erster Ehe ihr mütterlich Gut, wie viel sich dessen befindet und wie es Namen haben mag, in Beyseyn der Freundschaft, da es Adelspersonen, Doctores, so fürstliche Räthe, von den Geschlechten auch andere Doctores, die ihren gradum bey bewährten Universitäten erlangt, aber andere vor der ordentlichen Obrigkeit, doch auch in Beyseyn beyderseits Freundschafts, vor Ausgang Jahr und Tags, bei Vermeidung der Straf, benanntlichen auszuzeigen, fürsetzen und zu versichern schuldig seyn, auf daß die Kinder auf die obgesetzte Fäll solch ihr mütterlich Gut zu bekommen wissen, und nicht erst künftig darum kriegen oder Ausführung desselben thun müssen, doch dem Vater an seiner Nutznießung, wie oben gesetzt ist, unvergriffen."

Hier ist hinsichtlich der ausdrücklich vorgeschriebenen Versicherung des Muttergutes zwischen siegelmäßigen und nichtsiegelmäßigen Vätern kein Unterschied gemacht, weil, wie Baron von Schmid in seinem Kommentar zu dieser Stelle sub nr. 10 sich ausdrückt, gerade bei den Ersteren wegen der ihnen eigenen größeren Streitlust und wegen der ihnen auf die Dauer ihrer Lebenszeit zustehenden Nutznießung des Muttergutes mehr Gefahr für die Kinder obwaltet als bei den gemeinen Leuten.

Aus den Worten des angeführten Artikels: „sollen schuldig seyn" folgert Baron v. Schmid loc. cit. sub nr. 15, daß, wenn auch die Verwandten aus Vertrauen gegen den Vater mit Willen und Gutheißen der Kinder demselben die Beschreibung und Sicherstellung der mütterlichen Güter erlassen wollten, solches auf keine Weise erlaubt sei.

Das Landrecht von 1756 hat, was die Ver-

pflichtung des Vaters zur Auszeigung des Muttergutes, den hiezu gestatteten Termin und bei der Muttergutsauszeige selbst den Unterschied zwischen siegelmäßigen und nichtsiegelmäßigen Vätern betrifft, die Bestimmungen des älteren Landrechts unverändert beibehalten,

Cod. Civ. P. I Cap. 5 §. 5 nr. 4;

dagegen den Vater von der Verbindlichkeit der Versicherung des Muttergutes befreit.

Cod. Civ. loc. cit. et in notis nr. 4, dann P. II Cap. 9 §. 6 nr. 2.

Hinsichtlich dieses Cautionspunktes ist aber das Landrecht von 1756 durch das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 wieder abgeändert worden, indem dieses in §. 12 Nr. 7 den Kindern wegen desjenigen, was sie als Vater- oder Muttergut oder sonst erworbenes Vermögen oder als Voraus bei Einkindschaftungen zu fordern haben, auf den Immobilien ihrer Aeltern einen gesetzlichen Rechtstitel zur Hypothek einräumt, und in §. 101 Nr. 4 wegen des Mutter- oder Vatergutes minderjähriger Kinder nicht nur den Minderjährigen selbst, den Vormund, den Nebenvormund und die vormundschaftliche Behörde, sondern auch jeden Verwandten, ja sogar jeden Dritten berechtigt, die Eintragung dieser Hypothek zu verlangen, und überdies den Nebenvormund und die Vormundschaftsbehörde zum Schadenersatz verpflichtet, wenn aus der Unterlassung der Eintragung ein Schaden für den Minderjährigen entstanden ist.

Nach diesen klaren Bestimmungen ist es unstreitig, daß der Vater, gleichviel ob er siegelmäßig ist oder nicht, für das in Handen habende Muttergut seiner Kinder auf seinem Immobiliarvermögen Sicherheit leisten müsse, und daß die vormundschaftliche Behörde auf die Bestellung dieser Sicherheit offiziellen Bedacht, folglich nothwendiger Weise von

der Muttergutsauszeige selbst ex officio Kognition zu nehmen habe.

Es kann daher nur mehr die Frage streitig sein, ob seit Erscheinen des Hypothekengesetzes auch ein Vater, der kein Immobiliarvermögen besitzt, für das Muttergut seiner Kinder Sicherheit zu leisten, und ob bei minderjährigen Kindern die vormundschaftliche Behörde für wirkliche Bestellung dieser Sicherheit zu wachen habe?

Diese Frage ist mit analoger Anwendung des §. 20 Abs. 2 des Hypothekengesetzes, welches nicht nur die Sicherstellung und Erleichterung des Privatkredits bezweckte, sondern auch, wie von Gönner in seinem Kommentar hiezu Th. I S. 248 sagt, der Grundstein zu einer bessern und gleichförmigen Ordnung bei Vormundschaften geworden ist, zu bejahen.

1) Es ist Rechtsgrundsatz: „ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.“

Cod. Civ. P. I Cap. 1 §. 10 nr. 2 et in notis.

Der Grund, warum Väter, auch wenn sie Immobiliarvermögen besitzen, das in Handen habende Vermögen ihrer Kinder versichern, und warum bei minderjährigen Kindern die vormundschaftlichen Behörden für die wirkliche Leistung dieser Sicherheit von Amtswegen sorgen müssen, liegt in dem besonderen Schutze, welchen die Gesetzgebung aus guten Gründen dem Vermögen dieser Kinder von jeher gewährt hat. Dieser Grund ist, und zwar in noch größerem Maaße, auch in dem Falle vorhanden, wenn der Vater kein liegendes Vermögen hat; ja es wäre wirklich sehr verkehrt, wenn das Gesetz von einem Vater, der ohnehin durch den Besitz liegender Güter verkautionirt ist, Sicherstellung des Vermögens seiner Kinder fordern, während es dieses Vermögen einem anderen Vater, der kein Immobiliarvermögen besitzt, und bei dem also die Verlustgefahr

weit größer ist, ohne Kaution in Handen belassen würde.

2) Ein weiterer und ebenso wichtiger Rechtsgrundsatz ist: cessante ratione legis cessat lex ipsa."

Cod. Civ. loc. cit. §. 10 nr. 3 et in notis.

Der Grund, warum man bei Abfassung des Landrechts vom J. 1756 die Sicherstellung des Muttergutes nicht mehr für nothwendig hielt, lag, wie Baron von Kreittmayr in den Annotationes ad Cod. Civ. P. I Cap. 5 §. 5 nr. 5 anführt, hauptsächlich darin, weil das väterliche Vermögen den Kindern ohnehin um ihr mütterliches jure hypothecae haftet, welche stillschweigende Hypothek nach Cod. jud. Cap. 20 §. 10 mit den ausdrücklichen Hypotheken in der 8. Klasse der Prioritätsordnung von 1753 nach dem Alter konkurrirte.

Dieser Grund besteht nach dem Hypothekengesetze und der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 nicht mehr, indem alle stillschweigenden Hypotheken jetzt aufgehoben sind, und das in der 4. Klasse der PO. (§. 23 Nr. 1 der n. PO.) den Kindern eingeräumte Vorzugsrecht kein Surrogat, wenigstens bei weitem kein zureichendes Surrogat für die frühere Priorität ist.

Mit dem Aufhören des Grundes muß, wie schon gesagt, auch die Anwendbarkeit des früheren Gesetzes aufhören.

3) Eine andere Interpretation des Hypothekengesetzes würde, weil für den Vater, der ein Immobiliarvermögen besitzt, durch dieses Gesetz ein anderes weit strengeres Recht geschaffen worden wäre, als für jenen Vater, der kein solches Vermögen hat, besteht, mit dem verfassungsmäßigen Grundsatze der Gleichheit des Gesetzes und vor dem Gesetze nicht vereinbar sein, und

4) sogar die Anwendbarkeit des § 12 Nr. 7

und §. 104 des Hyp.-G. in vielen Fällen von der Diskretion und Redlichkeit der Väter abhängig machen, da es denselben selbst mit Rücksicht auf dasjenige, was Baron v. Kreittmayr in den Anmerkungen ad Cod. Civ. P. I Cap. 5 §. 5 nr. 4 von der Befugniß der Obrigkeit zur Einziehung der Administration und Nutznießung sagt, nicht verwehrt werden könnte, ihr Immobiliarvermögen vor Ablauf des zur Muttergutsauszeige vorgesetzten gesetzlichen Termines zu veräußern und auf diese Weise die oben allegirten Bestimmungen des Hypothekengesetzes zu umgehen.

Diese Gründe in ihrem Zusammenhalte gewähren die Ueberzeugung der Richtigkeit des an die Spitze gestellten Satzes:

„daß die vormundschaftlichen Behörden nach dem Hypothekengesetze vom 1. Juni 1822 berechtigt und verpflichtet seien, auch von den Muttergutsauszeigen siegelmäßiger Väter Kognition zu nehmen, und für die Versicherung des Muttergutes der Kinder solcher Väter, gleichviel ob diese ein Immobiliarvermögen besitzen oder nicht, von Amts wegen zu sorgen haben."

..ll..

Nachschrift des Herausgebers. Dem Hrn. Verfasser des vorstehenden Aufsatzes ist darin beizupflichten, daß eine konsequente Durchführung des im Hypothekengesetze a. a. O. ausgeprägten Gedankens zu dem hier gezogenen Resultate führt. Es ist in der That nicht einzusehen, aus welchem Grunde nur der Vater, welcher Liegenschaften (oder gleichgestellte Sachen bzw. Rechte) besitzt, das Muttergut der Kinder sicherzustellen verpflichtet sein soll, nicht aber der andere, welche etwa nur durch Hinterlegung von Werthpapieren Kaution leisten könnte. Aber der Gesetzgeber von 1822 hat die von der Vorschrift des Landrechtes abweichende Bestimmung, daß der Vater hinsichtlich des ausgezeigten Muttergutes kautions-

pflichtig sei, nur in Ansehung der Besitzer von Hypothekobjekten getroffen. Die Wirksamkeit dieser Bestimmung auch in Ermangelung dieser Voraussetzung anzunehmen, wäre eine Berichtigung des Gesetzes, welche dem Ausleger und dem gesetzanwendenden Richter nicht zusteht. Vgl. hierüber die in Bd. VIII S. 292 f. in der Note 3 abgedruckte Stelle aus Savigny's System Bd. I S. 321. — Siehe übrigens in Betreff der Sicherstellung des Muttergutes Dollmann in Bd. VIII S. 361 f., 373 f. und 385 f. unserer Zeitschrift.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Nichtigkeitsbeschwerde einer kathol. geistlichen Ehegerichtsbehörde gegen ein Erkenntniß des protestant. Ehegerichts.

In einem zwischen katholischen Eheleuten anhängig gewordenen Scheidungsprozesse wurde den Parteien von der geistlichen Behörde sofort beim Beginne des Prozesses durch ein Toleranzdekret die Absonderung von Tisch und Bett auf unbestimmte Zeit gestattet, ein förmliches Scheidungsurtheil aber nicht erlassen, sondern in der Folge jenes Toleranzdekret blos erneuert. Nach achtjähriger Separation erhob der inzwischen zur protestantischen Kirche übergetretene Ehemann bei der kathol. geistlichen Behörde eine Divortialklage gegen seine kathol. Ehefrau auf lebenslängliche, eventuell auf für unbestimmte Zeit auszusprechende Scheidung von Tisch und Bett, er wurde aber damit in der primären Richtung definitiv und bezüglich der eventuellen Bitte angebrachtermaßen abgewiesen.

Derselbe wendete sich sodann mit einer Implo-ration an das protestantische Ehegericht und bat auf

Grund der Verordn. vom 28. Juli 1818 die bisher zwischen ihm und seiner Ehefrau bestandene Ehe hinsichtlich seiner Person aufzulösen und ihm die Wiederverehelichung zu gestatten.

Nachdem die über diesen Antrag vernommene Ehefrau sich einwilligend erklärt hatte und die Divortialakten der geistlichen Behörde mitgetheilt worden waren, erließ das prot. Ehegericht ein dem Antrage des Imploranten entsprechendes Erkenntniß, bei welchem sich die Parteien beruhiget haben.

Dagegen trat aber die kathol. geistliche Behörde mit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des prot. Ehegerichts bei dem k. Oberappellationsgerichte, als prot. Ehegerichte II. Instanz auf, mit dem Antrage jenes Erkenntniß als null und nichtig aufzuheben, weil das prot. Ehegericht zu Erlassung desselben nicht kompetent gewesen sei.

Diese Nichtigkeitsbeschwerde wurde jedoch durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 16. Okt. 1855, RNr. $1575^{54}/_{55}$, aus nachstehenden Gründen abgewiesen:

Wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß die Zuständigkeit eines Gerichts nicht nur von Seite der Parteien, sondern auch von einem Gerichte oder einer Behörde streitig gemacht werden kann, so besteht doch, je nachdem das Eine oder Andere der Fall ist, sowohl in Ansehung der Art der Kompetenzanfechtung, als auch hinsichtlich des Verfahrens und der zur Entscheidung des Kompetenzstreites berufenen Behörde ein sehr wesentlicher Unterschied.

Den Parteien stehen in bemerkter Hinsicht unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen die foridekliniatorischen Einreden, und nach Umständen die Nichtigkeitsbeschwerde zu Gebote, um eine Entscheidung der streitig gewordenen Kompetenzfrage herbeizuführen.

Wenn aber die Zuständigkeit in einer Sache zwischen zwei Gerichten oder einem Gerichte und

einer Verwaltungsbehörde streitig wird, so haben die für die Behandlung und Entscheidung solcher Kompetenzkonflikte in dem Gesetze vom 28. Mai 1850 (Gesetzbl. 1850 S. 161) gegebenen Vorschriften zur Anwendung zu kommen.

Es findet sich jedoch nirgends eine gesetzliche Bestimmung, vermöge welcher ein Gericht oder eine Behörde berechtiget wäre, sich des blos den Parteien gestatteten Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde, von welchem die GO. im Kap. XVI §. 2 handelt, zu bedienen, um das von einem anderen Gerichte erlassene Erkenntniß wegen vermeintlicher Inkompetenz als nichtig anzufechten.

Eine desfallsige analoge Anwendung der GO. l. c. kann aber um so weniger stattfinden, theils weil diese Art des Angriffs schon an sich der gegenseitigen Stellung der Gerichte und Behörden, und der äußeren Achtung, mit welcher sie sich zu begegnen haben, unangemessen sein würde, theils und vorzüglich, weil Gerichte und Behörden gegeneinander niemals, und selbst nicht in dem Falle, wenn sie wegen der Kompetenz in Konflikt gerathen sind, in einer Parteirolle auftreten, folglich auch von Rechtsmitteln, welche nur den Parteien gestattet sind, gegenseitig keinen Gebrauch machen können. Zu einer derartigen Einmischung in eine Parteisache sind sie offenbar nicht legitimirt.

Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde stellt sich schon hiernach als unstatthaft dar.

Abgesehen hievon, und lediglich als einfache Beschwerde über vermeintlichen Eingriff von Seite des prot. Ehegerichts in die Kompetenz der kathol. geistlichen Behörde betrachtet, erscheint die Beschwerde jedenfalls ungegründet.

Der Implorant N. hat, nachdem er zur prot. Kirche übergetreten war, bei dem AG. v. Oberfranken, als prot. Ehegerichte, keine Ehescheidungsklage

gegen seine kathol. Ehefrau angebracht, sondern blos den Antrag gestellt, auf den Grund der bei dem kathol. Ehegerichte verhandelten Akten über den dort anhängig gewesenen Scheidungsprozeß zwischen seiner Ehefrau und ihm das Band der Ehe bezüglich seiner Person für aufgelöst zu erklären.

Dieser Antrag mußte, nachdem die fragliche Ehe durch den Konfessionswechsel des Mannes eine gemischte geworden ist, gemäß Art. II der Verordn. v. 28. Juli 1818 bei dem prot. Ehegerichte gestellt werden.

Beschwerender Seits wird auch keineswegs bestritten, vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß unter den im alleg. Art. II bestimmten Voraussetzungen das prot. Ehegericht kompetent sei, in Ansehung des prot. Ehetheils, wenn dieser die Auflösung der Ehe nachsuchen würde, auf dessen Beschwerde zu beschließen, was es dem prot. Eherechte in dieser Hinsicht gemäß finden werde.

Es will, inhaltlich der Beschwerde, eine Inkompetenz des prot. Ehegerichts zu Erlassung des ergangenen Erkenntnisses vielmehr daraus abgeleitet werden, weil die Voraussetzungen hiezu nicht gegeben gewesen seien, indem von Seite der kath. geistlichen Behörde ein Erkenntniß auf Scheidung von Tisch und Bett nicht erlassen, sondern nur ein Toleranzedikt ertheilt worden sei, welchem die Eigenschaft und Wirkung eines Scheidungsurtheils nicht beigelegt werden könne.

Diese Aufstellung vermag jedoch die Beschwerde nicht zu begründen.

Das prot. Ehegericht war jedenfalls kompetent, den Antrag, welchen Implorant N. bei demselben, nach dem vorhergegangenen, vor der kath. geistlichen Behörde anhängig gewesenen Scheidungsprozesse, gestellt hatte, zu bescheiden und es war insonderheit gemäß der alleg. Verordnung auch zur Prüfung und

Entscheidung darüber zuständig, ob unter den Verhältnissen, welche die Akten über jenen vorhergegangenen Scheidungsprozeß ergaben, die Ehe bezüglich des zur protest. Kirche übergetretenen Imploranten nach dem protest. Eherechte für aufgelöst erklärt und demselben die anderweite Verehelichung gestattet werden könne.

Hiebei kann der Form, in welcher von Seite der kath. geistlichen Behörde die Scheidung von Tisch und Bett ausgesprochen wurde, kein entscheidender Einfluß eingeräumt werden, sondern es hat wesentlich nur auf den Grund, aus welchem dieselbe stattgefunden hat, so wie darauf anzukommen, ob dieser Grund ein solcher ist, aus welchem nach dem prot. Eherechte die Ehe aufgelöst werden kann.

Da sonach das prot. Ehegericht unzweifelhaft kompetent ist, einen an dasselbe gebrachten derartigen Antrag materiell zu prüfen und zu bescheiden, so kann selbst in dem Falle, wenn dessen Ausspruch, wodurch es die Ehe bezüglich des protest. Ehetheils für aufgelöst erklärte, nicht gerechtfertiget erscheinen sollte, von einer inkompetent erlassenen Entscheidung durchaus keine Rede sein.

In einem solchen Falle würde zwar dem hiedurch sich beschwert erachtenden anderen Ehetheile Veranlassung gegeben sein, im Wege der Berufung gegen das unrichtig gefällte Urtheil Abhülfe zu suchen, keineswegs aber ist der kathol. geistlichen Behörde, deren Kompetenzbefugnisse dadurch nicht beeinträchtiget worden sind, eine gegründete Ursache zur Beschwerde gegen das Erkenntniß des prot. Ehegerichts gegeben, weshalb die erhobene Beschwerde jedenfalls ungegründet erscheint.

Uebrigens kann, da sich die Parteien bei dem Erkenntnisse des prot. Ehegerichts beruhiget haben, in Ermangelung einer von dieser Seite ergriffenen

Berufung eine oberstrichterliche Prüfung desselben nicht Platz greifen. G.

2.

Zur Erläuternng des Art. III der Verordn. vom 28. Juli 1818, die Kompetenz über Ehestreitigkeiten bei gemischten Ehen betr. [1])

Das protestantische Ehegericht ist nach Art. III der erwähnten Verordnung nicht von Amtswegen verpflichtet, das von demselben erlassene Scheidungs-Erkenntniß bei der kath. geistlichen Behörde vorzulegen, sondern es kann nur durch Ansuchen der letzteren zu einer abschriftlichen Mittheilung des Erkenntnisses veranlaßt werden.

Die alleg. Verordnung handelt im Art. II von dem Falle, wenn auf Klage des prot. Ehetheiles gegen den katholischen bei der kath. geistlichen Behörde auf Scheidung von Tisch und Bett erkannt wurde, und im Art. III von dem Falle, wenn auf Klage des kathol. Ehetheiles gegen den protestantischen von dem prot. Ehegerichte die Auflösung der Ehe erkannt wurde.

Im ersteren Falle steht es dem protest. Ehegerichte frei, in Ansehung des prot. Ehetheiles, auf dessen Beschwerde, zu beschließen, was es dem protest. Ehegerichte in dieser Hinsicht gemäß findet.

Im anderen Falle bleibt es der kath. geistlichen Behörde vorbehalten, in Ansehung des kathol. Ehetheiles dasjenige auszusprechen, was dem kath. Eherechte gemäß ist.

In dem einen wie in dem anderen Falle ist es zwar zu dem bemerkten Zwecke nothwendig, daß die betreffende Behörde durch Vorlage des ergangenen Erkenntnisses von dessen Inhalt Wissenschaft er-

---

[1]) Gesetzbl. v. 1818 S. 474.

lange, die alleg. Verordnung ſchreibt aber nicht vor, daß dieſe Vorlage von demjenigen Ehegerichte aus Amtspflicht geſchehen müſſe, welches das Erkenntniß erlaſſen hat.

Eine ſolche Anordnung konnte auch begreiflicher Weiſe nicht beabſichtiget ſein, weil die Ehegerichte der beiderlei Konfeſſionen nicht in einem ſub-, ſondern in einem koordinirten Verhältniſſe zu einander ſtehen.

Die im Art. III der Verordnung enthaltenen Worte „es ſoll das Erkenntniß des prot. Ehegerichts der kath. geiſtlichen Behörde vorgelegt werden", können offenbar nur dahin verſtanden werden, daß die Vorlage von dem kath. Ehetheile zu geſchehen habe, indem nur dieſer hiezu verpflichtet werden konnte und die kath. geiſtliche Behörde dadurch, daß ſie durch die Mitbeiziehung eines kath. Geiſtlichen zum Sühneverſuch von Einleitung des Scheidungsprozeſſes Kenntniß erlangt, auch in den Stand geſetzt iſt, ſich das Erkenntniß ſeiner Zeit durch den kath. Ehetheil vorlegen zu laſſen.

OAGE. v. 16. Okt. 1855. RNr. $1575^{54}/_{55}$. G.

3.

Wiefern berechtiget die Erfüllungs-Säumniß des Verkäufers den Käufer, vom Vertrage zurückzutreten und auf das Intereſſe zu klagen?

Hierüber äußern die Motive einer oberſtrichterlichen Entſcheidung:

Es wird für zweifelhaft erachtet, ob nach römiſchen Rechte der Käufer wegen verſpäteter Lieferung der Waare zum Rücktritt vom Vertrage und alleiniger Anſtellung der Entſchädigungsklage berechtigt ſei.

Vgl. Bluntſchli in den Bl. f. RA. Bd. XVII S. 353 f.

Es läßt sich hierüber kein bestimmter allgemeiner Grundsatz aufstellen; vielmehr kommt alles auf die Natur des individuellen Kaufvertrags, namentlich darauf an, ob der im Vertrage beliebte Termin nur eine zur Beschleunigung der Angelegenheit gemachte Nebenbestimmung, oder einer der Hauptpunkte des Vertrags, ob demnach eine Erfüllung, die nicht zu gehöriger Zeit erfolgt, einer Nichterfüllung gleich zu achten, und es unmöglich sei, durch eine spätere Erfüllung dem Vertrage noch Genüge zu leisten und dem Interesse, welches der Käufer verfolgte, noch zu dienen, oder nicht. Wer ein Haus oder sonstiges Immobile zu kaufen wünscht, der kann, wie Bluntschli a. a. O. richtig bemerkt, seinen Mitkontrahenten als wortbrüchig noch nicht behandeln, wenn dieser nicht am stipulirten Termine tradirt. Anders ist es mit solchen Waaren, welche zum Konsumo oder weiteren Verkauf bestimmt sind, deren Preise sinken und steigen, und bei deren Lieferung daher alles darauf ankommt, daß sie zur stipulirten Zeit erfolge. Nicht bloß bei dem Verkehr zwischen Handelsleuten, auch nicht bloß ausnahmsweise und in seltenen Fällen bei andern Kontrahenten, sondern überall da, wo eine Waare der bezeichneten Art den Vertragsgegenstand bildet, ist eine wahre Erfüllung des Vertrags nur bei Einhaltung des festgesetzten Termins gegeben. Wer bis spätestens 11. Oktober 1854 eine Quantität Branntweins zu irgend einem Zwecke um einen bestimmten Preis brauchen konnte, dem kann sie einige Zeit später nicht mehr brauchbar, die Verbindlichkeit, sie noch annehmen zu müssen, sogar vom größten Nachtheil sein, indem er sie nicht mehr verwenden kann, oder anderswoher besser und billiger beziehen würde. Er soll nach dem Gesetze berechtigt sein, von dem Mitkontrahenten vollen Schadenersatz zu erhalten, würde aber bei Realisirung des Vertrags Nachtheil erleiden.

Es muß schon nach dem Geiste des römischen Rechts, ohne eine neuere Gerichtspraxis zu Hülfe zu nehmen, nach der ausgesprochenen Schadensersatzpflicht des säumigen Kontrahenten und den Grundsätzen über die Interpretation der Verträge und die Geltung der wesentlichen und Haupt-Willenbestimmungen der Kontrahenten angenommen werden, daß da, wo die Natur des Geschäfts dafür spricht, die Versäumung des stipulirten Termins einer Nichterfüllung aus Schuld des Verkäufers gleichzuachten ist und daher zur alleinigen Schadensersatzklage berechtigt. In der Const. 10 de act. emti et vend. (4, 49) wird der Verkäufer von Fleisch, der solches nicht zur stipulirten Zeit liefert, vertragsbrüchig (nicht bloß säumig) genannt „quum venditorem, fide conventionis rupta, tempore placito carnem non exhibuisse proponas“ — woraus von selbst folgt, daß nun bei Geltendmachung des vom Käufer erlittenen Schadens von einer Nachlieferung des Fleisches nicht mehr die Sprache sein kann. Dieses liegt so nahe, daß es nicht gesagt zu werden brauchte, keineswegs aber kann das Schweigen darüber ein Bedenken über die desfallsige Intention des kaiserlichen Dekretes erregen. Bei Anwendung des römischen Rechts müssen Prinzipien aus einzelnen Entscheidungen abstrahirt werden; man findet jene nicht den logischen Anforderungen entsprechend, die man heutzutage an die Sprache des Gesetzgebers und des Richters macht. Jener Fleischkäufer der Const. 10 kann seine Entschädigungsforderung der Wahrscheinlichkeit nach nur darauf gründen, daß er den Zweck, zu dem er das Fleisch bestellte, aufgeben, oder anderes kaufen mußte, und in keinem dieser Fälle kann der Vertrag nach seiner Tendenz durch eine Nachlieferung noch erfüllt werden.

Was von einfacher Versäumung des stipulirten Termines gilt, muß um viel mehr in dem Falle

Geltung finden, wenn der Kontrahent, wie in vorwürfiger Sache, die Erfüllung gänzlich verweigert, wenn er den Vertragsabschluß leugnet und den Käufer zu einem vielleicht mehrjährigen Prozesse zwingt. Es würde jedem Rechts- und Billigkeitsgefühle widerstreben, wollte man dem Kläger, der 1854 bis spätestens 11. Okt. 100 Eimer Branntwein wünschte, zumuthen, solche noch im Jahre 1856 oder 1857 anzunehmen, nachdem der Waare jedenfalls die Bestimmung nicht mehr gegeben werden kann, welche sie damals hatte, vielleicht Kläger das Geschäft gar nicht mehr treibt, zu dessen Behuf er von Zeit zu Zeit größere Quantitäten Branntwein kaufte.

Mit Recht hat daher Kläger ausschließend Entschädigung verlangt; und diese wird am einfachsten und nächsten durch die Preisdifferenz berechnet, indem sein Interesse darin bestand, am 11. Okt. 1854 100 Eimer Branntwein um 15 fl. pr. Eimer zu beziehen, und diesem Interesse dadurch Genüge geleistet werden konnte, daß er eine gleiche Quantität anderswoher bezog, und die Mehrausgabe ihm vom Beklagten nun ersetzt wird.

OAGE. v. 21. Juli 1856. Nr. $787^{55}/_{56}$.

4.

Beweis von Dolus und bösem Glauben.

Vgl. Bd. XVII S. 272; Bd. XVIII S. 255; Bd. XX S. 281.

Bei dem Beweise des dolus, also auch der mala fides, ist überall mehr auf die Gesammtheit der Umstände, als auf einzelne strenge Beweisgründe zu sehen. C. 6 de dolo malo (2, 21).

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 11. Juni 1842. Hamburger Samml. N. F. Bd. I S. 39.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 20. Dez. 1856. 21. Jahrgang. № 26.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt; Umfassen die Nachtheile der zweiten Ehe auch die statutarische Portion? — Ueber die Beiziehung der Hypothekgläubiger zur Zahlung der Forderungen der 1. Klasse und zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung. — Beweislast über die Eigenschaft des Zehentrechts. — Beweislast über die Nichteinhaltung der Lieferungszeit. — Revision gegen Erkenntnisse auf Arrest-Verhängung. —

Umfassen die Nachtheile der zweiten Ehe auch die statutarische Portion.

Während viele Rechtslehrer auch die deutschrechtliche statutarische Portion den römischen Nachtheilen der zweiten Ehe unterwerfen [1]), behaupten Andere das Gegentheil [2]). Für die ersterwähnte Ansicht sagt man: das statutarische Recht bestimmt nur den Anfall der statutarischen Portion, nicht deren weiteres Schicksal in dem Falle der zweiten

[1]) Gail, observ. lib. II obs. 98 Nr. 6; Struv. syntagma jur. civ. ex. XXIX th. LII not. k. sub. III; Leyser med. ad Pand. spec. 300 med. 6; Mevius comment. ad jus Lubec. P. II tit. II art. XXVIII Nr. 30; Pufendorf obs. t. I obs. 23; Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. 3 S. 95—97; Vangerow, Pandekten Bd. 1 §. 227 sub I, a.

[2]) Stryk de success. ab intestato diss. I cap. II §. VIII; Glück Intestaterbfolge ed. II S. 594 und im Komment. Bd. 24 S. 160 f.; Eichhorn Einleit. §. 336 unter 6.

Ehe; in diesem tritt daher das römische Recht ein. Die Gegner erwidern:

„Nach der richtigen Auffassung ist die Anwendung des römischen Rechtes nicht allein da ausgeschlossen, wo derselben eine ausdrückliche einheimische Bestimmung entgegensteht, sondern dasselbe darf auch nicht in einer dem Wesen der deutschen Rechtsinstitute widersprechenden, deren volle Geltung beschränkenden Weise in die Sphäre derselben hineingetragen werden. Das nächste Motiv der römischen poenae sec. nupt. ist zwar die Abneigung des neueren römischen Rechts gegen die zweite Ehe, insbesondere bei dem Vorhandensein von Kindern erster Ehe; die Abhaltung von derselben durch die damit verbundenen Nachtheile. Aber die Anknüpfung dieses Motivs an das von dem ersten Ehegatten herrührende Vermögen — die Zurückziehung des letzteren nach seinem Ursprunge — steht in engem Zusammenhange mit der besonderen Stellung der römischen Ehe zu dem Vermögen der Ehegatten. Die römische Ehe ist nur eine Personen- keine Vermögensverbindung. Hinsichtlich des Vermögens sind die Ehegatten streng geschieden, nicht allein bei Lebzeiten, sondern auch auf den Todesfall. Die Ehe begründet civilrechtlich kein Erbrecht unter den Ehegatten, nur in Ermangelung aller anderen Erben wird die prätorische bonorum possessio unde vir et uxor gewährt. Nicht einmal durch Schenkungen unter Lebenden kann ein bindender Austausch des Vermögens unter Ehegatten bewirkt werden. Dieses System der strengen Sonderung des Vermögens, seiner selbstständigen Erhaltung auf beiden Seiten und seines Ueberganges auf die gesetzlichen Erben jedes Theiles hat das neueste römische Recht auch hier so weit durchgeführt, daß selbst die sonst gestatteten lucra nuptialia bei dem Eintritte der zweiten Ehe zu den Kindern des ersten Ehegatten zurückkehren. Die mehrsten gesetz-

lichen lucra fallen sogar bei dem Vorhandensein von Kindern sogleich an diese. — Die deutsche Ehe ist dagegen auch eine Vermögensverbindung. Das Vermögen der Ehegatten wird mehr oder weniger gemeinsam und verbleibt nach dem Tode dem Ueberlebenden, oder wird mit demselben getheilt. Die Ehe begründet ein keinen Beschränkungen unterliegendes Erbrecht; was der Ueberlebende aus dem Vermögen des Verstorbenen gewinnt, verbleibt ihm unwiderruflich. So wenig daher sein Antheil bei dem Vorhandensein von Kindern diesen zufällt, und ihm nur der Nießbrauch verbleibt — wie im neuen römischen Rechte bei den mehrsten gesetzlichen lucris der ersten Ehe, selbst bei dem Erbtheile der armen Wittwe, — sondern dieselbe ihm auch dann unbeschränkt zukommt, eben so wenig wird derselbe durch die zweite Ehe zurückgezogen. Die Anwendung der römischen poenae secundarum nuptiarum auf diesen gesetzlichen Erwerb würde daher dem Grundwesen des deutschen Güterrechts der Ehegatten zuwider sein. Durch das römische Prinzip des getrennten Gutes und der Zurückziehung der lucra würde das deutsche Prinzip des gemeinsamen Gutes und des unbeschränkten ehelichen Erbrechts verletzt werden."

Vorstehende Ausführung [3]) paßt nur unter der Voraussetzung, daß während der Ehe wirklich Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestanden hat, und unter statutarischer Portion der Antheil an dem gemeinschaftlichen Gute verstanden wird, welcher bei der nach dem Tode eines Ehegatten eintretenden Vermögensauseinandersetzung dem mit den Kindern aus der Ehe theilenden überlebenden Ehe-

---

[3]) Entnommen aus den Entscheid. des OAG. zu Rostock, herausg. von Buchka und Budde Bd. 1 S. 117 f.

gatten zufällt. Aber in einem großen Theile von Deutschland gilt für das eheliche Verhältniß (überhaupt oder doch bei kinderlosen Ehen, welcher letztere Fall hier bedeutungslos ist), das römische Prinzip des getrennten Gutes, und der Antheil von dem getrennten Vermögen des Vorverstorbenen, welcher hier partikularrechtlich dem Ueberlebenden (als portio statutaria) zufällt, erscheint als ein erbrechtlicher Vortheil aus der durch den Tod getrennten Ehe, in gleicher Weise, wie der Viertheil oder Kindstheil der armen Wittwe diese Eigenschaft hat. Eine Folgerung aus dem deutschen Prinzipe des gemeinsamen Gutes läßt sich in dem fraglichen partiellen Erbrechte des Ueberlebenden nicht erkennen, vielmehr nur die Umfangserweiterung einer schon im römischen Rechte (für die dürftige Wittwe) vorkommenden Successionsbefugniß. Demzufolge neigen wir uns der Ansicht zu, welche Marezoll a. a. O. über die Streitfrage:

> ob der Parens durch die zweite Heirath auch die Proprietät an der portio statutaria, die er aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten erhalten, (an die Kinder der ersten Ehe) verliere?

in folgenden Sätzen dargelegt hat:

„Sie (die Streitfrage) ist jedenfalls, so wie die statutarische Portion aus dem eigenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten herrührt, zu bejahen, selbst da, wo, wie so oft, die statutarische Portion die Natur eines Pflichttheiles hat, der dem überlebenden Ehegatten durch keine Disposition entzogen werden darf. Denn, obgleich der Erwerb dann nicht auf einer eigentlichen Liberalität des Verstorbenen beruht, so kommt er doch aus seinem Vermögen her, und ist ein lucrum nuptiale für den Ueberlebenden. Dafür spricht theils die Analogie des Erwerbes bei der Scheidung, theils

die noch speziellere Analogie desjenigen, was nach römischem Rechte der undotirten armen Ehefrau aus des verstorbenen Mannes Nachlasse gebührt. Auch das ist ein Pflichttheil, der ihr gesetzlich in der Art gebührt, daß er ihr vom Manne nicht entzogen werden darf; und dennoch muß die Wittwe den Kindern aus dieser Ehe ihre Quarta, mit alleiniger Beibehaltung des lebenslänglichen Nießbrauchs, selbst dann der Proprietät nach, aufheben, wenn gleich sie nicht zur zweiten Ehe geschritten ist [4]), geschweige denn im Falle der zweiten Ehe. Der Umstand, auf welchen die Gegner Gewicht zu legen pflegen, daß die statutarische Portion auf eigenthümlichen Gründen des deutschen Rechtes beruhe, entscheidet nicht im Mindesten dagegen. Denn immer bleibt doch die statutarische Portion lukrativer Erwerb aus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten, einerlei, ob nach deutschem oder nach römischem Rechte. Sie vertritt sogar namentlich die Stelle der Succession der armen Wittwe, und ist zum Theil aus einer Generalisirung jener römischen Grundsätze hervorgegangen. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn das Statutarrecht ausdrücklich die Bestimmung enthalten sollte, daß die portio statutaria dem überlebenden Ehegatten auch dann verbleibe, wenn er zur zweiten Ehe schreitet. Denn dann bricht freilich Land- oder Stadtrecht das gemeine römische Recht."

---

[4]) Nov. 117 cap. 5. Vgl. Nov. 22 cap. 30: „hoc. idem custodiendo etiam super indotatis uxoribus" . . .

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Beiziehung der Hypothekgläubiger zur Zahlung der Forderungen der I. Klasse und zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung.

In einem Konkurse, dessen Aktivmasse sich hauptsächlich aus dem Erlöse eines Brauereianwesens bildete, erhob sich Streit darüber:

I. ob die Hypothekgläubiger (II. Klasse) schuldig sind, im Konkurse zur Befriedigung der Forderungen der I. Klasse an Malzaufschlag, Gewerbsteuer, Einkommensteuer, Kreis- und Gemeindeumlagen, einen verhältnißmäßigen Beitrag, nach der Größe der aus den verkauften Hypothekobjekten erzielten Versteigerungserlösen, zu leisten, oder ob dazu ausschließlich die gemeine Masse, soweit sie ausreicht, verwendet werden muß,

II. ob die Hypothekgläubiger in dem bezeichneten Verhältnisse zu den allgemeinen Kosten des Konkursprozesses und der Masseverwaltung beizutragen haben.

Ueber diese Fragen, welche von den Vorinstanzen in verschiedenem Sinne beantwortet worden waren, hat sich der oberste Gerichtshof in folgender Weise ausgesprochen:

I. Nach der Vorschrift des §. 15 der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 (auf welche der Revisionsantrag gegründet wurde: das Malzaufschlagsgefälle, die Gewerbssteuer, die Einkommensteuer, die Kreisumlage und die Gemeindeumlagen aus der Immobiliarmasse zu berichtigen), haben die Hypothekgläubiger die von den Hypothekobjekten zu entrichtenden Abgaben und Reallasten, dann die auf deren Erhaltung, Benutzung und Verwaltung zu bestreitenden Kosten zu übernehmen.

Die Malzaufschlagsgefälle und die Gewerbssteuer sind aber unstreitig keine auf Grund und Boden ruhenden Abgaben, sondern sie gehören zu den persönlichen Abgaben, zu deren Entrichtung der Verpflichtungsgrund nicht an und für sich schon in dem Besitze eines Brauanwesens sammt seiner Einrichtung, sondern erst in der wirklichen Ausübung des Braurechtes, in dem Gewerbsbetriebe selbst liegt. Wenn der Besitzer eines vollständig eingerichteten Brauhauses das Gewerbe nicht ausübt, kein Bier braut, so befindet er sich nicht in der Lage, Malz zu brechen oder brechen zu lassen; es erwächst ihm sohin auch keine Verbindlichkeit, das Malzaufschlaggefälle, dessen Größe sich gemäß allerhöchster Verordnung vom 28. Juli 1807, die Erhebung der Malzaufschläge betreffend, nach der Quantität des verbrauchten Malzes richtet, zu entrichten.

Aus demselben Grunde ist auch der concessionirte Gewerbsmann, welcher sein Gewerbe ruhen läßt, zur Bezahlung einer Gewerbesteuer nicht verbunden, denn in den Gewerbssteuergesetzen vom 28. Mai 1852 und vom 1. Juli 1856 Artikel 1 ist der Grundsatz unverändert geblieben, daß zur Entrichtung der Gewerbesteuer Jedermann verpflichtet ist, der ein Gewerbe treibt, und daß demgemäß der Gewerbesteuer alle radicirten oder realen, dann alle persönlichen Gewerbe unterliegen, soferne dieselben gewerbsmäßig ausgeübt werden. Das Malzaufschlaggefälle und die Gewerbsteuer sind daher von der Grundsteuer, welche von der Realität selbst ohne alle Rücksicht auf den Gewerbsbetrieb entrichtet werden muß, wesentlich verschiedene persönliche Abgaben.

Das Objekt der Einkommensteuer ist nach dem Gesetze von 4. Juni 1848 nichts anders als eine Rente, ohne Unterschied der Quelle, aus welcher dieselbe fließt. Die von dieser Rente zu ent-

richtende Steuer ist vom Gesetze als eine Personalsteuer aufgefaßt und behandelt, denn es genügt bei der Fatirung, wenn der Steuerpflichtige nur seine Einnahmsquelle im Allgemeinen, ohne in eine Spezialität einzugehen, und die Klasse, in welche er sein jährliches Einkommen einreiht, angibt. Die Früchte, welche aus Grundvermögen durch landwirthschaftliche Benützung desselben gezogen werden, gehören zwar auch zur steuerbaren Rente; allein daraus folgt noch nicht, daß die Einkommensteuer selbst auch eine Grundsteuer sei, denn auch von anderm rentirlichen Vermögen, welches nicht im Grundbesitze besteht, muß die Einkommensteuer bezahlt werden.

Die Kreisumlage ist ein Steuerbeischlag zur Bestreitung der Kreislasten. Sie wird von der Steuerquote des einzelnen Steuerpflichtigen berechnet. Es ist nun nicht in Abrede zu stellen, daß hiebei auch die Grundsteuer in Betracht kommt; allein nicht bloß die Haus- und Grundsteuer, sondern auch die Dominikalien-, die Gewerb-, die Kapitalien- und Einkommensteuer wird bei der Kreisumlage in Berechnung gezogen.

Vgl. Art. 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Maxima der Kreisumlagen betr. Gesetzblatt Nr. 36.

Bei dieser Komplikation der finanziellen Berechnung kann nicht gesagt werden, daß die Kreisumlage eine solche Grundabgabe oder Reallast sei, welche die Hypothekgläubiger nach §. 15 der Prioritätsordnung ausschließend zu übernehmen haben; zum Zwecke einer verhältnißmäßigen Ausscheidung dieser verschiedenartigen Steuern hat die Revidentin keine Anhaltspunkte an die Hand gegeben.

Anders verhält es sich mit der Gemeindeumlagenforderung. Schon in dem Zahlungsantrage des Gemeindepflegers wurde bemerkt, daß

zur Bestreitung mehrerer Gemeindebedürfnisse eine Umlage von einer halben Steuer erhoben worden sei. Als Gemeindeumlage wurde auch diese Forderung liquidirt und im Prioritätserkenntnisse locirt. Nach dem Gesetze vom 22. Juli 1819, die Umlagen der Gemeindebedürfnisse betr., Artikel VI gilt in der Regel der Steuerfuß als Maßstab der Gemeindeumlagen und die Repartition der Beiträge richtet sich nach der Haus-, Grund- und Gewerbesteuer. Da nun in den Landgemeinden die Haus- und Grundsteuer den vorzüglichsten Theil des Steuerbetrages ausmacht und die Gewerbesteuer bereits auf die gemeine Masse hingewiesen worden ist, so ist es der Vorschrift des §. 15 der Prioritätsordnung völlig angemessen, daß die Berichtigung der Gemeindeumlagen zu 19 fl. 31 kr., welche ihrem Wesen nach eine Grundsteuer ist, aus der Immobiliarmasse geschehe.

II. Schon nach dem gemeinen Rechte war es eine Streitfrage, in welcher Art die Konkurskosten zu bezahlen seien, nämlich: ob diese Kosten von der ganzen Masse abzuziehen seien, ehe noch ein Konkursgläubiger etwas bekomme, oder ob sie denjenigen Gläubigern, welche nach dem Prioritätsurtheile ihre Forderungen ganz oder zum Theile aus der Masse erhalten, nach der Größe des Erhobenen abzuziehen seien, oder ob die Konkursgläubiger, welche sich in den Konkursprozeß eingelassen haben, sie mögen aus der Konkursmasse etwas bekommen oder nicht, nach der Größe ihrer Forderungen zur Bezahlung der Kosten beizutragen haben.

Vgl. Dabelow Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Kap. XXIV §. 668.

Die erste Art der Bezahlung der Konkurskosten ist in der gemeinrechtlichen Gerichtspraxis die vorherrschende geworden, die zweite Art wird von der Revidentin vertheidiget, jedoch ohne hinreichenden

Grund. Im §. 31 der Prioritätsordnung ist die erste Art der Berichtigung der Konkurskosten ausdrücklich als Gesetz vorgeschrieben worden; schon hieraus ergibt sich, daß die Konkurrenz der Gläubiger in den einzelnen Klassen, zur Berichtigung dieser Kosten nach Verhältniß ihrer Forderungen beizutragen, ausgeschlossen sein sollte. In Bezug auf die in Anspruch genommenen Hypothekargläubiger folgt aber dieser Ausschluß noch mehr aus der speziellen Bestimmung des §. 15 der Prioritätsordnung, weil die Hypothekargläubiger ausdrücklich nur die auf ihren Hypothekobjekten haftenden Abgaben und Reallasten, sowie die Verwaltungskosten zu übernehmen haben. Der §. 15 begränzt sowohl die Rechte, als die Verbindlichkeiten der Hypothekargläubiger, indem er bestimmt, was sie in der Masse zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen haben, (die Sache, Früchte und Renten) und was sie dagegen zu leisten haben.

Ueberall, wo nicht eine besondere Ausnahme gemacht ist, hat die Prioritätsordnung den Grundsatz festgehalten und durchgeführt, daß die Gläubiger der vorgehenden Klasse vor den Gläubigern der nachfolgenden Klasse ihre Befriedigung erhalten sollen, und daß denjenigen Gläubigern, welche auf einen bestimmten Vermögenstheil des Schuldners ein besonderes Vorrecht erlangt haben (wie die Hypothekar- und Faustpfandgläubiger), dieses besonders erworbene, dingliche Recht, insolange als möglich, gewahrt und wirksam bleiben muß, daß sie demgemäß nicht schuldig sind, vor ihrer eigenen Zufriedenstellung ihr erworbenes Recht mit einem anderen Gläubiger nach Verhältniß der beiderseitigen Forderungen zu theilen."

Der Schein der Unbilligkeit, welcher darin erblickt werden könnte, daß die Hypothekargläubiger von der Bezahlung der Gerichtskosten und der Forde-

rungen der ersten Klasse gänzlich befreit und die ganze Summe den nachfolgenden Gläubigern zugewiesen werde, beseitiget der oberste Gerichtshof durch folgende weitere Bemerkungen: „Wenn das ganze Vermögen des Gemeinschuldners, wie es häufig der Fall ist, nur aus seinem verpfändeten Grundvermögen besteht, so müssen die Hypothekgläubiger sich gefallen lassen, daß nicht nur die sämmtlichen Gerichtskosten, sondern auch alle übrigen bevorzugten Forderungen der ersten Klasse aus den Güterkaufschillingen vorweg bezahlt werden, ehe sie zum Zuge kommen; ist aber noch anderes Vermögen des Schuldners vorhanden, auf welchem ein spezielles Vorrecht eines andern Gläubigers nicht nachweisbar ist; so fordert es, beim Dasein der Konkurrenz von Hypothekargläubigern mit andern unprivilegirten Gläubigern, die Gerechtigkeit, daß die den Hypothekargläubigern verpfändeten Objekte für andere Forderungen selbst privilegirter Gläubiger der ersten Klasse insolange nicht angegriffen werden, als die Hypothekargläubiger ihre Zufriedenstellung noch nicht erlangt haben, und die Befriedigung der andern Gläubiger aus andern Vermögenstheilen des Schuldners bewirkt werden kann, denn nach §. 14 der Prioritätsordnung gehen die Gerichtskosten und die Forderungen der ersten Klasse allen Forderungen der folgenden Klasse in Ansehung aller Vermögenstheile des Schuldners vor, es muß also auch die gemeine Masse, wenn eine solche vorhanden ist, vorzugsweise hiezu verwendet werden.

Aus den Bestimmungen der §. 32 und 33 der Prioritätsordnung kann ein Rechtfertigungsgrund für die Ansicht der Revidentin nicht gewonnen werden. Es ist daselbst der Fall unterstellt, daß die ganze Masse nicht einmal zur Tilgung der bevorzugten Forderungen zureicht, daß die gemeine Masse, aus welcher die nach der ersten und zweiten Klasse

folgenden Gläubiger ihre Befriedigung zu ſuchen haben, ſchon von den privilegirten Gläubigern verſchlungen wird, und daß, wie bereits oben erwähnt wurde, die Hypothekargläubiger ſelbſt in die Lage verſetzt werden, einen Theil der Strichſchillinge hergeben zu müſſen, damit die Gerichtskoſten und Forderungen der I. Klaſſe bezahlt werden. Dadurch iſt das Hypothekarrecht der Gläubiger im Verhältniſſe zu den nachfolgenden Gläubigern auf unverkennbare Weiſe in dem Maße in den geſetzlichen Schutz genommen, daß ſie, ſo lange noch eine gemeine Vermögensmaſſe des Schuldners vorhanden iſt, zur Tilgung der Gerichtskoſten, ſowie aller Forderungen der erſten Klaſſe, zur Benachtheiligung an ihren eigenen Hypothekforderungen, beizutragen nicht ſchuldig ſind."

OAGE. v. 12. Sept. 1856. RN. 1515$^{55}/_{56}$.

2.

Beweislaſt über die Eigenſchaft des Zehentrechts.

In einem Baulaſtprozeſſe kam es darauf an, ob der Zehent der Negatorienkläger ein geiſtlicher oder weltlicher ſei. In zweiter Inſtanz wurde den Beklagten der Beweis aufgelegt, daß der klägeriſche Zehent ein geiſtlicher ſei; nach dem Ausſpruche des OAG. hatten Kläger darzuthun, ihr Zehent ſei ein weltlicher. Zur Motivirung dieſes Ausſpruchs war bemerkt:

Das Gericht II. Inſtanz hat der beklagten Kirchenpfründe obigen Beweis deßhalb auflegen zu müſſen geglaubt, weil bei der Negatorienklage dem Kläger nicht obliege, zu beweiſen, daß ſein Eigenthum mit der behaupteten Servitut *nicht* belaſtet ſei, ſondern der Beweis der Belaſtung den Beklagten treffe; allein die Gründe, welche in Anſehung der wahren Negatorienklage für die Freiheit des Klägers

von der Beweislaſt ſprechen, ſind bei einer, der Negatorienklage nur analogen actio negatoria utilis, wie die vorliegende, nichtin gleichem Maaße vorhanden.

Bei der wahren Negatorienklage bildet das Eigenthum des Klägers allein den Klagegrund, da das Eigenthum, als das Recht, über eine Sache nach Willkür mit Ausſchluß aller anderen zu verfügen, für ſich allein den Eigenthümer berechtiget, die Anſprüche eines Anderen auf theilweiſe Benützung ſeines Eigenthums, auf theilweiſe Verfügung über daſſelbe, als Eingriffe in ſeine Eigenthumsrechte zurückzuweiſen; iſt ſonach das Eigenthum des Klägers erwieſen oder zugeſtanden, und behauptet der Beklagte, ein die Eigenthumsrechte des Klägers beſchränkendes Recht zu haben, ſo macht er eine wahre Einrede geltend, deren Beweis ihm obliegt [1]). Dieſer allein durchgreifende Grund der Befreiung des Klägers von der Beweislaſt, iſt aber bei einer actio negatoria utilis, wie die hier vorliegende, wo es ſich um Freiheit des Zehentrechts der kläger'ſchen Stiftungen (von einer ſervitutähnlichen Laſt) handelt, nicht gegeben, da dem Zehentrechte, welches ja ſelbſt nur ein Recht an fremdem Eigenthume iſt, die Ausſchließlichkeit der Befugniſſe des Eigenthümers an der im Eigenthum befindlichen Sache nicht innewohnt.

Wird aber, wie vom Richter II dae geſchehen,

---

[1]) Vgl. gegen dieſe Argumentation Komment. ü. d. GO. Bd. III Aufl. II S. 61 f. — Das Präjudiziengeſetz beſteht nun ſchon 19 Jahre, und ſeitdem wie früher iſt über dieſe gangbarſte der gemeinrechtlichen Kontroverſen vom oberſten Gerichtshofe öfter ungleichförmig entſchieden worden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XX S. 180. Läßt ſich wohl dieſe beharrliche Nichtanwendung des Präjudiziengeſetzes als Beiſpiel gewiſſenhafter Geſetzanwendung rühmen? S. .

angenommen, daß bei der wahren Negatorienklage die natürliche Freiheit des Eigenthums den Klagegrund bilde, und daß der Grund der Befreiung des Klägers von der Beweislast in der für diese natürliche Freiheit sprechenden Präsumtion liege, so kann auch dieser Grund für die Befreiung des Klägers von der Beweislast bei der vorliegenden actio negatoria utilis nicht geltend gemacht werden, denn die angerufene Präsumtion für die natürliche Freiheit muß jedenfalls dem unbestrittenen Rechtssatze weichen, daß auf dem größeren Theile des Zehnten, namentlich dem kirchlichen, die subsidiäre kirchliche Baulast, kraft des Gesetzes, ohne daß es des Nachweises eines besonderen Rechtstitels bedarf, lastet, und es kann demnach jene Präsumtion jedenfalls nur in Ansehung jenes Theiles des Zehnten, welcher mit der kirchlichen Baulast nicht schon kraft des Gesetzes behaftet ist, nämlich des weltlichen, ihre Wirkung äußern.

Hieraus ergibt sich, daß die Behauptung allein, den Klägerinnen stehe in der Flur St. ein Zehentrecht zu, und dieses Zehentrecht werde als konkurrenzpflichtig in Anspruch genommen, ungenügend gewesen wäre, den erbetenen Ausspruch:

> daß die Klägerinnen nicht schuldig seien, wegen dieses Zehentrechts zu den Kosten des Pfarrhofbaues zu konkurriren —

zu erwirken, daß vielmehr die Klägerinnen zur Begründung dieser Klagbitte behaupten mußten, daß die von ihnen bezogenen Zehnten Laienzehnten seien, und da diese Behauptung beklagterseits widersprochen wurde, trifft schon nach der in der GO. Kap. 9 §. 1 aufgestellten Regel die Beweislast in Ansehung der Eigenschaft der fraglichen Zehnten die Klägerinnen, ohne daß es zum Zwecke der Feststellung der Beweislast auf Entscheidung der Fragen anzukommen hatte, ob für die kirchliche Eigen-

ſchaft des Zehnten eine von der Beweislaſt befreiende Präſumtion ſpreche, oder ob durch das erlaſſene Adminiſtrativproviſorium ein von der Beweislaſt befreiender Beſitzſtand zu Gunſten der Beklagten begründet, oder ob ein ſolcher Beſitzſtand durch den Inhalt der adminiſtrativen Vorakten nachgewieſen ſei.

Dem Allem zufolge war die erſtrichterliche den Klägerinnen gemachte Beweisauflage:

daß das ihnen in der Pfarrflur St. zuſtehende Zehentrecht ein weltliches (Laienzehent) ſei — wiederherzuſtellen . . . . . .

OAGE. v. 4. Nov. 1853. Nr. 798 51/52.

3.

Beweislaſt über die Nichteinhaltung der Lieferungszeit.

Vgl. Komment. ü. d. GO. Bd. III Aufl. II S. 56 Note 11.

Dem Ausſpruche des Handels-Appellationsgerichtes zu Nürnberg, daß der den Frachtführer auf Schadenserſatz wegen verſpäteter Lieferung der Waare beklagende Kaufmann dieſen Beweis zu übernehmen habe, liegen folgende Motive zu Grunde.

Wäre nur auf Erfüllung des Frachtvertrages geklagt, vermöge deſſen der beklagte Fuhrmann die Waaren des Klägers bis zum 11. Oktober 18 . . . zur Münchner Dult zu liefern übernahm, ſo hätte Kläger nichts weiter, als den Abſchluß dieſes Vertrages, oder, da dieſer bereits zugeſtanden iſt, gar nichts mehr zu beweiſen. Allein es handelt ſich hier nicht um Vertragserfüllung, denn Kläger hat zugegeben, daß die Lieferung geſchehen, unbedingt angenommen, und die Fracht bezahlt worden ſei [1]); ſondern um Erſatz des dem Kläger durch Nichtein-

[1]) Was allerdings relevante Umſtände ſind. S.

haltung der Lieferungszeit zugegangenen Schadens. Dieser Anspruch ist zwar auch im Vertrage, und hier sogar ausdrücklich begründet, allein er übersteigt doch die engeren Gränzen dessen, was Beklagter vertragsgemäß zu leisten verpflichtet war, und setzt eine Thatsache voraus, welche mit dem Vertrage selbst noch nicht erwiesen, vielweniger zugestanden ist. Es tritt daher die allgemeine Regel in Kraft und Anwendung, vermöge welcher der Kläger den Grund seiner Klage zu erweisen hat, wenn ihm nicht gesetzliche Befreiungsgründe zur Seite stehen. Solche liegen hier nicht vor. Namentlich enthält der Beweissatz keine absolute Negation, wird vielmehr positiv, wenn Kläger, wie ihm auferlegt wurde, darthut, daß ihm die Waare erst am 15. Okt. überliefert worden sei.

Erkenntniß vom 16. Jan. 1851 in Sache K. w. M. wegen Entschädigung. Nr. 525.

****
****

4.

Revision gegen Erkenntnisse auf Arrest-Verhängung.

Wenn zur Sicherheit einer erst später, ganz oder in Terminsleistungen, verfallenden Forderung Arrest verhängt worden, und nur die Arrest-Verhängung, nicht aber die Forderung selbst von Seite des Impetraten bestritten wird, so fehlt es an der Voraussetzung der in §. 54 Nr. 5 und 6 der Novelle von 1837 bestimmten Revisionsbeschränkung, nämlich an dem Umstande, daß dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt.

OAGE. vom 11. Oct. 1855. Nr. $1698^{54}/_{55}$.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Ergänzungsblatt. № 1. 21. Jahrgang.

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit. — Fruktifikations- und Hegezeit bei Kleefeldern. Oberaufsichts-Kompetenz des einschlagenden Staatsministeriums. — Miszelle. —

Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit.

Auf neuen Bahnen drängt voran ein neu Geschlecht;
Stillstehend immerdar, zum Unrecht wird das Recht.

In einer vor Kurzem erschienenen Schrift (Dr. Otto v. Völderndorff: die Papiergeldkrisis und die Papiere auf jeden Inhaber nebst ihrem Eintrage in die Hypothekenbücher) ist der Satz aufgestellt worden:

> In Bayern ist es Privaten nicht erlaubt, ohne spezielle Ermächtigung durch den Staat Schuldbriefe auf jeden Inhaber auszufertigen; derartige Schuldbriefe sind rechtlich null und kann kein Gericht auf dieselben irgendwie Rücksicht nehmen.

Mit diesem Satze tritt der Verfasser nicht nur dem feststehenden Rechtsbewußtsein der Betheiligten (in Bayern) sondern auch der von unseren Gerichten, insbesondere von unserem obersten Gerichtshofe jederzeit befolgten, auch von anderen Behörden vielfach praktisch anerkannten Rechtsansicht schroff entgegen. Millionen Kapitalvermögens, im Vertrauen auf die

Rechtsgültigkeit der Privatpapiere dargeliehen, sind durch den aufgestellten Satz gefährdet, und mit demselben wird der Gewissenlosigkeit zahlungsflüchtiger Schuldner eine willkommene Waffe gegen Treue und Glauben dargeboten. Ob es eine scharfe Waffe sei, soll hier geprüft werden.

1) Wir lesen S. 6 der angeführten Schrift: „Schon das allgemein anerkannte Recht des Staates, daß ohne seine Erlaubniß kein Werthzeichen allgemeiner Art, kein Metall- oder Papiergeld geschaffen werden darf, spricht gegen das Recht der Privaten, beliebig Papiere au porteur zu verfertigen. Der aufgestellte Unterschied zwischen Papiergeld und Papieren au porteur kann diese Berechtigung nicht retten; denn alle behaupteten Unterscheidungsmerkmale sind keine juristischen, und wenn man z. B. eine Note der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank betrachtet, so wird man weder aus deren Inhalt noch deren Rechtsbegriffe einen Unterschied von einer au porteur ausgestellten und nach Sicht zahlbaren Schuldurkunde erkennen können. Das innere gemeinsame Kriterium des Papiergeldes wie der Papiere au porteur bleibt, daß sie allgemein umlaufende Werthzeichen sind, deren Ausstellung der Kontrole des Staates unterliegen muß, wenn der Finanzzustand nicht zu Grunde gehen soll."

Hiegegen lassen wir vorerst Savigny (Oblig.R. II §. 64 S. 116) sprechen:

„Der wahre Grund, aus welchem diesen Papieren die Natur des Geldes abgesprochen werden muß, liegt darin, daß das Geld die Bestimmung hat, als allgemeiner Werthmesser zu dienen, anstatt daß die hier in Frage stehenden Papiere zu diesem Zweck weder verfertigt, noch wirklich gebraucht werden."

Allerdings haben auch die der Kategorie des Papiergeldes angehörigen Banknoten den Inhalt

eines Schuldscheins, und die Bank ist schuldig, jedem Inhaber auf Verlangen den Betrag in klingender Münze auszuzahlen. Aber diese Verpflichtung ist hier nur Mittel zum Zwecke der Emission des fraglichen Papiers, nämlich um denselben die Erfüllung seiner Bestimmung, den Umlauf als Geld zu sichern.

Die Schuldbriefe auf den Inhaber dagegen, von welchen es sich in vorliegendem Artikel handelt, sind nicht bestimmt, als Träger des allgemeinen Tauschmittels im täglichen Verkehre von Hand zu Hand zu gehen, sondern als Träger und Beweismittel einer (verzinslichen oder Prämien in Aussicht stellenden) Forderung zu dienen, und dieser Bestimmung entspricht es, wenn sie zum regelmäßigen Verlaufe ihres Daseins d. h. in feste Hände gelangt, eine bleibende Stätte in der Truhe des Kapitalisten finden. Wenn sie zum Theile diese bleibende Stätte nicht haben, sondern im Börsenverkehre von Hand zu Hand gehen, so erscheinen sie hiebei als Waare, nicht als Geld. Das Geschäft, durch welches Schuldbriefe auf den Inhaber gegen eine Geldleistung versprochen oder bedungen werden, ist ein Kaufgeschäft, wogegen der Geldwechsel, der Wechsel von Stücken einer Sorte allgemein umlaufender Werthzeichen gegen Stücke einer anderen im Allgemeinen die Natur des Tausches hat [1]). Wenn ferner A. und B. ein Geschäft dahin abschließen, daß Jener diesem sein Haus gegen zehn Stück Esterhazischer Obligationen zu 1000 fl. überlasse, so wird kein Jurist darin einen Kauf sehen; denn jene Papiere auf den Inhaber sind kein Geld, kein allgemein umlaufendes Werthzeichen.

Dr. v. V. äußert:

„alle behaupteten Unterscheidungsmerkmale

[1]) Vgl. Glück Erl. d. Pand. Bd. XVIII §. 1071.

(zwischen Papiergeld und Papieren au porteur) sind keine juristischen,"

und fügt in der Note 4) bei: auch das von Savigny aufgestellte Kriterium, daß diese Papiere nicht die Bestimmung haben, als allgemeine Werthmesser zu dienen, demnach die Natur von Geld nicht besitzen, sei kein innerlich entscheidendes.

Im Hinblicke auf fr. 1 pr. de contr. emt. (18, 1) und auf die civilrechtliche Stellung der Lehre von den Geldzahlungen darf man wohl das Vertrauen hegen, daß die Beanstandung der juristischen Eigenschaft des fraglichen Unterscheidungsmerkmales nicht ernstlich gemeint war. Ohnehin hat der Verfasser im nächsten Absatze das Gegentheil nicht nur anerkannt, sondern selbst geltendgemacht.

„Das innere gemeinsame Kriterium des Papiergeldes, wie der Papiere au porteur bleibt, daß sie allgemein umlaufende Werthzeichen sind."

Hier ist gerade das Merkmal, auf welches Savigny's Unterscheidung beruht, als das innere, juristisch entscheidende betont, freilich mit der unrichtigen Unterstellung, daß dieses Merkmal, nämlich die Natur des allgemein umlaufenden Werthzeichens, dem Papiergeld und den Papieren auf den Inhaber gemeinsam sei.

Wäre es richtig, daß die von der Staatsregierung nicht autorisirte[2]) Emission von Papieren auf den Inhaber einen Eingriff in das Staatshoheitsrecht, Papiergeld zu schaffen, enthalte, so müßte man die bayerische Regierung, welche der offenkun-

---

[2]) Von besonderer Ermächtigung durch die Staatsregierung handelt es sich, welche natürlich durch Mitwirkung von Hypotheken- und Fideikommißbehörden (bei Ausfertigung der Schuldbriefe au porteur) nicht ersetzt werden kann.

digen Emission und dem Umlaufe zahlreicher nicht autorisirter Papiere auf den Inhaber kein Hinderniß in den Weg legte, einer groben Verwahrlosung der Staatshoheits-Rechte beschuldigen. Aber der Irrthum des Verfassers, daß auch die Schuldbriefe auf den Inhaber die Eigenschaft des Geldes haben, wird eben von der Regierung so wenig als vom Publikum getheilt [3]).

2) Allerdings kennt das römische Recht ein mutuum zwischen unbekannten und ungenannten Personen nicht, das preußische Landrecht fordert zu einem Schuldschein die deutliche Benennung und Bezeichnung des Gläubigers, und das bayerische Landrecht setzt bei dem Darlehensvertrage zwei bestimmte Personen als Gläubiger und Schuldner voraus. Das Institut der Papiere auf den Inhaber ist aber eine, nach Art des Gewohnheitsrechtes entstandene Neubildung des Rechtslebens, hervorgerufen durch die modernen Entwickelungen auf den Gebieten des Verkehrs und des Kredits [4]). Hunderte von Sätzen des in allgemeiner Uebung stehenden, auf s. g. Handelsusancen fußenden Handelsrechts stellen sich im Vergleiche mit dem Inhalte der allgemeinen Civilgesetze als Abweichungen oder Fortbildungen dar; dieses Verhältniß hindert aber die Gerichte nicht, sie in Beurtheilung vorkommender Fälle zur Anwendung zu bringen; z. B. in Bezug auf den sechsten Zinsthaler in Merkantilsa-

[3]) In der Natur der Wechsel liegt es allerdings, als Zahlungsmittel in den Umlauf zu kommen, und hieraus erklärt sich die Ausschließung der au porteur ausgestellten Wechsel, ohne daß aber hieraus auf die hier in Frage befindlichen Schuldbriefe au porteur eine Folgerung gezogen werden könnte, eben weil diese jene Natur und Bestimmung nicht haben. —

[4]) Insbesondere zur Erleichterung größerer Privat-Anlehen gegenüber der Konkurrenz der Staats-Anlehen.

für die Ansicht des Verfassers, bekräftigen vielmehr das Gegentheil.

Derselbe bemerkt (S. 5 Note 3) gegen die Anerkennung der nach Art des Gewohnheitsrechtes entstehenden Neubildungen des Rechtslebens:

„so lange deutliche und ausdrückliche Gesetze denselben entgegenstehen, können dieselben bei dem gegenwärtigen Zustande unserer Staatsverfassungen nicht aus eigener Macht sich an die Stelle des Bestehenden setzen, sondern nur die legislative Thätigkeit hervorrufen, und auf sie bestimmend einwirken."

Diese Bemerkung ist wohl nicht so zu verstehen, als ob in der Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Abweichungen von einem bestehenden Gesetze eine Beeinträchtigung des monarchischen Prinzips gefunden werden wolle[10]); vielmehr scheint derselben die Ansicht zu Grunde zu liegen, durch die Bestimmung in Tit. VII § 2 unserer VU., nach welcher ohne Zustimmung der Kammern kein die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffendes allgemeines Gesetz.... abgeändert.... oder aufgehoben werden kann, sei der modifizirenden, neuen Bedürfnissen und der Verschiedenheit der Zustände entsprechenden Fortbildung der bestehenden Rechtsnormen durch Doktrin und Praxis ein Riegel vorgeschoben. Ist

---

[10]) Kreittmayr äußert in den Anmerk. zum LR. I Kap. 2 §. 15 Nr. 4, 5 von der Aufhebung des älteren geschriebenen Rechtes durch eine jüngere Gewohnheit: „welches zwar Glaffey auf den Statum Monarchicum gar nicht für applicabl hält, und es nennt auch Gundling unsere Juris-Consultos Rinder und Ochsen, weil sie alles ex Statu Romanorum Democratico auf unsere Reichs-Länder blinderdings herbei ziehen Dem ohngeacht aber läßt es der Codex diesfalls bei dem römischen Recht, weil tacitus Principis consensus hierin alles salvirt."

dieſe Auffaſſung richtig, ſo begrüßen wir obige Bemerkung als Prachtexemplar eines Beiſpiels zur Erläuterung der Ausſprüche von Celſus [11]) und Paulus [12]) in fr. 17 de legibus (1, 3) und fr. 19 ad exhibendum (10, 4). Nichts gewiſſer, als daß bei Abfaſſung des § 2 Tit. VII an eine Beſchränkung der Wirkſamkeit gewohnheitlicher und volksthümlicher Rechtsbildung nicht gedacht, ſondern nur (vgl. VII. Tit. II § 1) die Feſtſetzung einer Beſtimmung beabſichtigt worden, unter welcher der König künftig die geſetzgebende Gewalt ausüben werde. Nur für die vom Staatsoberhaupt ausgehenden Geſetzesvorſchriften wollte eine Schranke gezogen werden. Dafür ſpricht, wie die Entſtehungsgeſchichte, ſo auch der Zuſammenhang der einzelnen Beſtandtheile. Der Annahme, durch Tit. VII § 2 werde auch die bezeichnete Rechtsfortbildung durch Wiſſenſchaft und Gewohnheit ausgeſchloſſen, ſteht auch der Ausſpruch Modeſtins [13]) in fr. 25 de legibus entgegen. Dieſe Ausſchließung würde in erhöhtem Grade gemeinſchädlich wirken, wo die konſtitutionellen Einrichtungen beſondere Schwierigkeiten für die Geſetzbücher-Reform mit ſich bringen.

3) Ganz unerheblich iſt der Umſtand, daß die Erläuterungsverordnung vom 17. Auguſt 1813 zum Amortiſationsedikt v. 10 Okt. 1810 als Obligationen au porteur ausdrücklich nur Staats- oder ſonſtige öffentliche Fondsobligationen aufführt. Da es da-

---

[11]) Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim et potestatem.

[12]) Respondit, non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

[13]) Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

mals in Bayern noch keine Privatschuldbriefe auf den Inhaber gegeben hat, so fehlte es an jeder Veranlassung, derselben zu erwähnen. Ohnehin lag die Frage der Gültigkeit solcher Schuldbriefe ganz ausser dem Bereiche der ebenerwähnten Verordnungen, und sind diese daher nicht geeignet, zur Lösung unserer jetzigen Aufgabe beizutragen. — Uebrigens werden die Verordnungen vom 17. Aug. 1813 und 12. März 1817 von unserem obersten Gerichtshofe auch in Bezug auf Privatschuldbriefe auf den Inhaber zur Anwendung gebracht [14]).

4) Nicht erheblicher ist die Bezugnahme auf die im J. 1825 von dem damaligen Justizminister, Frhrn. v. Zentner bei Vorlage des Gesetzentwurfes über die Kreditvereine ausgesprochene und in den Verhandlungen nicht bekämpfte Ansicht. Die Entwurfs-Motive und die Landtags-Verhandlungen sind gewichtvolle Behelfe zur Auslegung eines zu Stande gekommenen Gesetzes; abgesehen von dieser Beziehung haben die darin ausgesprochenen Ansichten nur das durch die etwa vorgebrachten Gründe vermittelte Gewicht. Außer den bereits unter Nr. 2 erwähnten Bestimmungen des gemeinen, preußischen und bayerischen Rechtes hat Frhr. v. Zentner auch die Vorschrift des bayer. LR. Th. II Kap. 3 §. 8 Nr. 6 geltend gemacht [15]), also lautend:

> „Muß die Zession von dem, der sich darauf beruft, erwiesen werden, und ist auch der bloße Briefs-Inhaber, wenn er sich nicht in anderweg dazu legitimiren kann, von diesem Beweis nicht befreit, ungeachtet der Brief

---

[14]) Bl. f. RA. Bd. X S. 69 f., Bd. XV S. 325 f.

[15]) Natürlich kann es sich dabei nur von Geltung in Fällen handeln, welche nach dem bayerischen Landrechte zu entscheiden sind, also nicht von einer im ganzen heutigen Königreiche verbindlichen Vorschrift.

die clausulam „jeden Briefsinhaber" in sich hält, weil sich solches nur von rechtmäßigen Briefs-Inhabern versteht".

Aus diesen Schlußworten ergibt sich, daß die Vorschrift über die Unwirksamkeit der clausula „jeden Briefsinhaber" nur als Folgerung aus dem damaligen Sprachgebrauche gedacht war. Demzufolge konnte dieselbe nach dem Gedanken ihres Urhebers keine Anwendung finden, wenn im einzelnen Falle in der Schuldurkunde erklärt war: die clausula „jeden Briefsinhaber" sei dahin gemeint, daß jeder Inhaber vom Zessions-Nachweise befreit sein solle. Wenn sich nun im Laufe der Zeit der Sprachgebrauch in der Art veränderte, daß nun Jedermann im Gebrauche der mehrgedachten Klausel die Erlassung des Zessionsnachweises findet, so scheint die in obiger Vorschrift aus dem damaligen Sprachgebrauche in Betreff der Papiere auf den Inhaber gezogene Folgerung heutzutage überhaupt zur Anwendung nicht mehr geeignet. Aber auch abgesehen hiervon, hat ihre Geltendmachung zur Entkräftung der Schuldbriefe auf den Inhaber die oben unter Nr. 2 dargelegten Erwägungen gegen sich.

Frhrn. v. Zentner's Meinungsäußerung gehört dem J. 1825 an. Erst mit dem dritten Jahrzehent unseres Jahrhunderts hat das Institut der Privatpapiere a. p. eine größere Verbreitung gewonnen, und zwar auch in Bayern, trotz jener Meinungsäußerung. Es mag wohl sein, daß sie nicht in weiteren Kreisen bekannt wurde; aber auch eine größere Publizität würde ihr zu einer durch die vorgetragenen Gründe nicht motivirten Autorität nicht verholfen haben. Seit jener Zeit sind nun wieder dreißig Jahre und darüber verlaufen, und in diesem (nach bayer. LR. I, 2 §. 15 zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes ausreichenden) Zeitraum hat sich der Gebrauch von Privat-Schuldbriefen au porteur

in einer Weise entwickelt, daß sich mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen läßt, Savigny würde, wenn er Kenntniß von dieser Entwickelung gehabt hätte [16]), im Einklange mit den sonst in seinem Systeme [17]) über den Fortbildungs-Einfluß von Wissenschaft und Rechtsprechung geäußerten Ansichten, für das geltende Recht zu einem anderen Resultate, als dem von ihm ohne diese Kunde gezogenen gelangt sein. Im Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen Bd. 7 S. 264 wurde in dieser Beziehung unter anderem angeführt: „Die Hypothekenämter versehen die einzelnen Partial-Obligationen mit Ausfertigungen des Rekognitionsscheines über den Eintrag der Gesammtforderung in das Hypothekenbuch, etwa auch mit einem Zeugniß über den jedem Inhaber der vorliegenden Partialobligation zustehenden Antheil an jener Gesammtforderung und der dafür bestellten Hypothek. Sind unter den verpfändeten Gegenständen Lehen- oder Familien-Fideikommißgüter, so wirken Lehen- oder Fideikommiß-Behörden zur Ausfertigung von Urkunden mit, in welchen die Zusicherung ertheilt wird, jeden Inhaber einer Partialobligation als theilweise forderungsberechtigt anerkennen zu wollen. Die Vormundschaftsbehörden autorisiren die Verwendung von Mündelgeldern zum Ankauf solcher Papiere [18]) ... . In gleicher Weise werden sie von anderen

---

[16]) Seine völlige Unkenntniß der gedachten Entwickelung hat er a. a. O. S. 124 in der Aeußerung kundgegeben: es sei von keiner Seite auch nur behauptet worden, daß Papiere solcher Art durch bloße Privatwillkür allgemein in Umlauf gesetzt, und als gültig anerkannt worden wären.

[17]) Vgl. Bd. I S. 93, 179.

[18]) Die Geneigtheit zu solcher Autorisirung mag sich in neuester Zeit in Folge von Zahlungssäumnissen bei manchen dergleichen Schuldverhältnissen gemindert haben.

Behörden als genügend zur Stellung von Dienst- und Heirathskautionen unbedenklich angenommen". Die erwähnte Mitwirkung der Hypothekenämter, der Lehen- und Fideikommiß-Behörden ist aus den Partialobligationen selbst zu ersehen. Durch Nachfrage bei den Vormundschaftsämtern, z. B. der Kreis- und Stadtgerichte München und Würzburg, ferner bei der mit den Heirathskautionen der Offiziere beschäftigten Stelle kann die Bestätigung der anderen Angaben erholt werden.

Hr. Dr. v. V. hat es nicht für nöthig erachtet, von diesen thatsächlichen Anführungen nähere Notiz zu nehmen, und behauptet seiner Seits ein Schwanken der Praxis, aber ohne Bezugnahme auf spezielle Erkenntnisse. Dem Schreiber dieser Zeilen ist kein Fall bekannt geworden, bei dessen Entscheidung die Rechtsgültigkeit der fraglichen Privat-Papiere au porteur auch nur als zweifelhaft erwähnt worden wäre.

Auch eingezogene Erkundigungen bekräftigen die Annahme, daß dem Verfasser obiger Schrift das Verdienst zukomme, die Erneuerung einer Lehre unternommen zu haben, über deren Verwerfung die vaterländische Praxis seither einstimmig war.

Zu den früheren Bekennern der von der Praxis verworfenen Ansicht gehörte auch Gönner (Komment. ü. d. Hypothekengesetz Bd. II S. 311), und Dr. v. V. verfehlt nicht, diese Autorität geltend zu machen. Aber er hütet sich wohl, den ganzen Inhalt der in Bezug genommenen Stelle anzuführen. Im weiteren Verlauf seiner Schrift (S. 10) bezieht sich Dr. v. V. auch auf die Vorschrift des §. 22 Nr. 8 des Hypothekengesetzes, nach welcher der Name desjenigen, welchem die Hypothek erworben wird, eingetragen werden muß.

Hieraus wird (S. 13) der Satz abgeleitet:

die Eintragung der Obligationen au porteur

selbst als Gläubiger (sic!) sei ipso jure nichtig.

Es geht aber nicht an, ein neues Gesetz so aufzufassen, als stehe es in keinem Zusammenhange mit den älteren Rechtsquellen [19]). Da nun nach diesen überhaupt die Angabe des Namens durch eine sonstige Bezeichnung der Person oder Sache ersetzt werden kann [20]), so ist es nur eine Anwendung der Regel „priores leges ad posteriores trahantur", wenn man annimmt, daß der Vorschrift des §. 22 Nr. 8 auch durch eine demonstratio, wie sie in der Bezeichnung der Inhaber der Hypothekenbrief-Partialen als Gläubiger liegt, genügt werden könne [21]). Tritt an die Stelle des zunächst Bestimmten, was nach gesetzlicher Vorschrift zur Stellvertretung geeignet ist, so ist es offenbar verkehrt, zu sagen: es werde hier an die Stelle des zunächst Bestimmten das Gegentheil gesetzt. — Für diese Ansicht liegt auch eine von Dr. v. V. verschwiegene Meinungsäußerung Gönner's vor. Wir lesen nämlich (Bd. II S. 311 a. a. O):

„Hievon (nämlich davon, daß die Vorlage des Original-Instrumentes weder bei Zessionen, noch bei Löschungen nothwendig sei) machen nur jene Hypothekenbriefe eine Ausnahme, deren Zession, vermöge besonderer Bewilligung der Regierung, auf jeden Inhaber des Hypothekenbriefes (au porteur) gestellt und auf diese Art in das Hypothekenbuch

---

19) Fr. 26, 27 de legibus.

20) Vgl. fr. 6 in f. de rei vind. (6, 1); fr. 6 de reb. cred. (12, 1); fr. 9 §. 8, fr. 58 pr. de hered. instit. (28, 5). Vgl. Kreittmayr in der Anmerk. z. bayer. R. III, 3 §. 11 Nr. 4.

21) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 325. Gleiches gilt für §. 145 Nr. 3 des Hyp. Ges.

eingetragen ist. Zu solchen Hypotheken ist nach dem Hypothekenbuch als Gläubiger nur der Inhaber des Hypothekenbriefs legitimirt". . . .

Gönner theilt also unsere Ansicht, daß aus dem Standpunkte des Hypothekengesetzes [22]) der Eintragung der Briefsinhaber als Gläubiger kein Bedenken entgegenstehe. Allerdings ist ein solcher Hypothekgläubiger in manchen Beziehungen minder günstig gestellt, als der mit Namen Eingetragene, er darf es z. B. nicht versäumen, in den öffentlichen Blättern [23]) nach Verloosungen, Kündigungen und sonstigen präjudiziellen Mittheilungen umzuschauen, er muß bei der Hypothekenzinsklage sich durch Vorlage der Partial-Obligation legitimiren u. s. w. Aber es war sein freier Wille, sich diesen Abweichungen von der Regel des Gesetzes zu unterwerfen. Wer sein collegium logicum mit gutem Erfolge gehört hat, wird wohl nicht in Versuchung kommen, aus dem Eintritte solcher unwesentlichen Abweichungen von der regelmäßigen Natur des Institutes, wie sie bei Rechtsgeschäften aller Art nach Verabredung der Betheiligten täglich vorkommen, sofort auf Unstatthaftigkeit einer gewissen Geschäfts-Modalität oder gar auf Unanwendbarkeit des ganzen Gesetzes zu schließen.

---

[22]) d. h. abgesehen von der Frage der Nothwendigkeit besonderer Autorisation von Seite der Staatsregierung.

[23]) In einem Theile der fraglichen Papiere au porteur sind gewisse öffentliche Blätter für den Verkehr mit den Inhabern designirt.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Fruktifikations- und Hegezeit bei Kleefeldern. Oberaufsichtskompetenz des einschlagenden Staatsministeriums.

Vgl. Bd. XX S. 330 und S. 74 d. Erg. Bl..

Gemäß Art. 1 und 2 des Weidegesetzes v. 28. Mai 1852 ist die Weide auf fremden mit Klee bestellten Aeckern in so lange unbedingt und zu jeder Jahreszeit verboten, als der Klee nicht wieder gestürzt ist. Die Richtigkeit dieser Folgerung aus den angeführten Gesetzstellen läßt sich im Hinblicke auf die Motive des bezüglichen Gesetzentwurfes und auf die Kammerverhandlungen

vgl. Verhandl. d. K. d. Abg. $18^{51}/_{52}$ Beil. Bd. IV S. 14 und 179 f., stenogr. Berichte Bd. V S. 66 f.

nicht in Zweifel ziehen. Sie ist auch in mehrern Entschließungen des k. Staatsministeriums des Handels und der öffentlichen Arbeiten (v. 24. Feb. 1855 Nr. 1440; v. 21. April 1855 Nr. 3301; v. 5. Juni 1855 Nr. 5562 und vom 4. Dez. 1855 Nr. 11284) ausdrücklich anerkannt worden. Durch die letzterwähnten Ministerialentschließungen wurden zwei Regierungsbeschlüsse von Oberaufsichtswegen aufgehoben, weil darin das vorstehend bezeichnete, unbedingte Verbot der Behütung von fremden Kleefeldern nicht anerkannt und hiedurch contra jus in thesi verstoßen war.

Zwar bestimmt der Art. 47 des Weidegesetzes, daß die Entscheidung der bei Vollzug dieses Gesetzes vorkommenden Irrungen und Streitigkeiten den einschlägigen Distriktverwaltungsbehörden in erster, und den vorgesetzten Kreisregierungen in zweiter und letzter Instanz obliege. Allein das Recht der obersten Verwaltungsbehörde, über gleichförmi-

gen und richtigen Vollzug der Gesetze, nämlich der von diesen der Verwaltung vorgeschriebenen Normen zu wachen, erscheint als ein nothwendiges Recht derselben, wobei die Rückwirkung seiner Ausübung auf die betheiligten Privatinteressen um so weniger in Betracht kommen kann, als es sich nur um den Vollzug der gesetzlichen Vorschriften in deren Wortlaute oder Geiste handelt, und ihre richtige Auffassung und Anwendung von Seite der vollziehenden Behörden eine Rechtsverletzung der Parteien nicht in sich schließen kann.....

.....n.....

Miszelle.

In einem Korrespondenzartikel der Allgemeinen Zeitung vom 17. Januar l. J. aus Hannover wurde geäußert:

Die Plane, mit denen das Ministerium hinsichtlich einer Aenderung der Gerichtsorganisation umgehen soll, bezielen lediglich eine Beschränkung der ausgeworfenen Zahl der Ober- und Amtsgerichte, welche durch unzureichende Arbeit geboten sein soll. Dieselben sind daher nicht etwa gegen das öffentliche und mündliche Verfahren überhaupt gerichtet, das sich bei uns in allem Maße bewährt, sondern eben ein schlagender Beweis für dasselbe. Die Zahl der Amtsgerichte wie der Obergerichte ist nämlich gebildet nach Maßgabe der vor der Organisation im alten schriftlichen Verfahren anhängig gewesenen Prozesse. Gegenwärtig hat sich nun, hauptsächlich wohl durch die große Raschheit mit der die Prozesse ihr Ende erreichen, (die bei den Obergerichten anhängigen sollen durchschnittlich in sechs Monaten und in beiden Instanzen etwa in $1^1/_4$ Jahr ihre regelmäßige Endschaft finden, selbst bei verwickelten Beweisaufnahmen ist die Dauer von einem Jahr die Regel), die Zahl der Prozesse so sehr vermindert, daß bei mehreren Obergerichten und bei einer größeren Anzahl Amtsgerichte Arbeitsmangel stattfindet.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Ergänzungsblatt. № 2. 21. Jahrgang.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken. — Brand, durch Lokomotivfunken verursacht. Beschränkte Geltung des Satzes: Der sein Recht Ausübende fügt kein Unrecht zu. Haftung des Unternehmers für das Dienstpersonale. Beweissatz. — Jüdischer Zeugeneid, ob in der Synagoge abzunehmen? — Hypothekenzinsklage. Eingetragene Protestation unerheblich. — Landgerichtlicher Kuratelkonsens, aus der Beglaubigung der Vollmacht zu entnehmen. — Oberberufungssumme. Von Gegenständen, welche keine Schätzung zulassen. — Transmission bedingter Fideikommisse. — Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Benützung der Untersuchungsakten zu civilrechtlichen Zwecken.

Der Bahnmeister einer Staatseisenbahn wurde der Urkundenfälschung, Amtsuntreue und Unterschlagung beschuldigt aus dem Dienste entlassen und einer kriminalrechtlichen Untersuchung unterworfen.

Nach dem Schluße derselben wurde auf Einstellung des Strafverfahrens erkannt, theils weil der Beschuldigte zur Zeit der Vornahme der betreffenden Handlungen nicht im ungestörten Gebrauche seiner Sinne, daher unzurechnungsfähig gewesen sei, theils weil er nicht in einem solchen amtlichen Verhältnisse gestanden habe, wie zur strafrechtlichen Qualifikation seiner Handlungen vorausgesetzt wird.

Der gewesene Bahnmeister will nun eine Klage auf Pension erheben, zu deren Behuf der ihm beigegebene Offizialanwalt von dem Untersuchungsgerichte die kostenfreie Ertheilung von Abschriften einiger Aktenstücke aus den Untersuchungsakten verlangte. Das Gericht glaubte, es sei Sache des Anwaltes, selbst die erforderlichen Auszüge oder Abschriften aus

jenen Akten zu fertigen, das Gericht habe dazu keine Verpflichtung. Auf erhobene Beschwerde wurde bei dem Appellationsgerichte die Verwilligung der verlangten Abschriften aus einem höheren Standpunkte beanstandet.

Es wurde bemerkt:

1) Das Gesetz vom 10. November 1848, die Abänderungen des Th. II des Strafgesetzbuches betreffend, zählt die Fälle auf, in welchen den Betheiligten eine Abschrift einzelner Produkte eines Untersuchungsaktes zugefertigt werden muß (Art. 124 Abs. 3, Art. 357); einer der dort vorgesehenen Fälle liegt aber hier nicht vor.

2) Abgesehen von der Frage, ob die Gestattung der Akteneinsicht durch das Reskript vom 9. Januar 1819 *) gerechtfertigt war, ertheilt kein bestehendes Gesetz und keine Verordnung dem Advokaten das Recht, von den Gerichten Abschriften von Untersuchungsakten oder einem Theile derselben zum Zwecke der Ausarbeitung einer Klageschrift zu verlangen.

3) Ein solches Recht kann auch nicht aus allgemeinen Bestimmungen der Civilprozeßordnung gefolgert werden, weil diese nirgends vorschreibt, daß die Parteien nach Belieben Aktenabschriften verlangen können, sondern die Fälle in welchen ihnen dieses zusteht, nämlich bei der Zeugenvernehmung (Kap. X §. 8 der Gerichtsordnung und §. 15 der Prozeßnovelle vom 22. Julius 1819) und bei der Urtheilsausfertigung (Kap. XIV §. 8 Ziff. 5 und 7, Prozeßnovelle von 1837 Art. 64 Abs. 1), in dem Ge-

---

[1]) S. Doppelmayr ed. IV S. 129: „Strafgerichtliche Untersuchungsakten dürfen zum Behufe eines Civilprozesses rücksichtlich der aus der Uebertretung entstandenen privatrechtlichen Forderungen wegen Schadensersatzes, Genugthuung, Kosten u. s. w. den Anwälten der Betheiligten auf Verlangen ohne Anstand vorgelegt werden."

setze speziell bezeichnet sind, woraus sich per argumentum a contrario ergibt, daß, wo das Gesetz dem Advokaten ein solches Recht nicht ertheilt, er dasselbe auch nicht anzusprechen hat.

4) Eine Verbindlichkeit der Gerichte, den Parteien zum Zwecke einer beabsichtigten Klagestellung Auszüge aus Untersuchungsakten anzufertigen, kann auch nicht aus der Stellung der Gerichte zu den Parteien abgeleitet werden, indem die Letzteren das Prozeßmaterial den Ersteren vorzulegen, nicht aber von denselben zu verlangen haben.

5) Der dem Ansinnen des Beschwerdeführers unterstellte Grundsatz könnte zu beträchtlicher Vexation der Gerichte ausgebeutet werden. Endlich erscheint

6) nach der Beschaffenheit des konkreten Falles die Mittheilung der Abschriften um so bedenklicher, als dieselben eine Voruntersuchung, welche in jedem Momente wieder aufgenommen werden kann, betreffen, mehrere der bezeichneten Aktenstücke sich nicht zur Veröffentlichung eignen, wie z. B. der motivirte Antrag des Staatsanwaltes auf Einstellung des Verfahrens, und überdies der Anwalt die Abschriften nicht einmal zu dem von ihm angegebenen Zwecke bedarf, sondern letzteren auch mittelst Notaten, welche er sich bei Gelegenheit der Akteneinsicht machen konnte, zu erreichen vermag.

Diesem Bedenken entsprechend wurde die erhobene Beschwerde abgewiesen.

Bei dem obersten Gerichtshofe wurde dieser Ansicht nicht beigepflichtet, sondern das Untersuchungsgericht angewiesen, die verlangten Abschriften zu ertheilen.

Die Entscheidungsgründe enthalten hierüber Folgendes:

„Die von den öffentlichen Behörden über ihre amtlichen Verhandlungen aufgenommenen Akten sind Eigenthum des Staates und es steht den Privaten

kein allgemeines, absolutes Recht auf die Benutzung derselben zum Behuf ihrer Rechtsvertheidigung zu.

Vgl. Arnold über das Recht der Akteneinsicht (praktische Erörterungen Heft I) §. 4, 8, 9.

Da jedoch in jenen öffentlichen, namentlich in den gerichtlichen Verhandlungen häufig Thatsachen beurkundet werden, welche geeignet sind, Privatrechtsansprüche zu begründen oder in anderer Weise die Rechtsvertheidigung der Privaten zu befördern, so fordert es der Beruf der Staatsgewalt, das materielle Recht nach Möglichkeit zu schützen und zu fördern, daß ihnen jene Benützung nicht vorenthalten werde, soferne nicht höhere Staatsrücksichten im Wege stehen.

Aus demselben Gesichtspunkte der Beförderung des materiellen Rechtes waren im römischen Rechte die Gerichte zur Benutzung der öffentlichen und insbesondere auch der Kriminalakten angewiesen.

> Is, apud quem res agitur, acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem jubebit,
> Const. 2 Cod. de edendo (2, 1.)

Die Anmerkung zur bayerischen Gerichtsordnung c. 11 §. 6 lit. d. erkennt ebenfalls den Prozeßparteien im allgemeinen einen Editionsanspruch auf die öffentlichen, namentlich die gerichtlichen Akten, ohne weitere Unterscheidung zu.

Was nun die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Zugänglichkeit der strafrechtlichen Untersuchungsakten anbelangt, so erfordert der Zweck der Untersuchung, daß dieselben, so lange diese nicht beendigt ist, nur den mit der Untersuchung betrauten Beamten offen stehen und daß insbesondere dem Beschuldigten und seinem Vertheidiger nur nach bestimmten Vorschriften die Einsicht der Akten gestattet und Abschriften einzelner Aktenstücke zugefertiget wer-

den. Ist aber die strafrechtliche Verfolgung beendiget, so steht der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes auch hier in der Regel nichts im Wege; vielmehr enthalten diese Akten häufig sehr wichtiges Material zur Geltendmachung civilrechtlicher Ansprüche, dessen Benützung den Betheiligten nicht vorenthalten werden darf.

Es wurde deßhalb durch Reskript vom 9. Januar 1819 (Lithogr. Sammlung Nr. 194) angeordnet, daß strafgerichtliche Untersuchungsakten zum Behufe eines Civilprozesses rücksichtlich der aus der Uebertretung entstandenen privatrechtlichen Forderungen wegen Schadensersatzes, Genugthuung, Kosten ꝛc. den Anwälten der Betheiligten ohne Anstand vorgelegt werden dürfen. Es wäre eine fehlerhafte Auslegungsweise, wenn man in diese Entscheidung die Absicht legen wollte, die Benützung der Untersuchungsakten auf den im Reskripte bezeichneten Fall zu beschränken; es ist vielmehr anzunehmen, daß, — wie bei den meisten Novellen zum Strafgesetzbuche, — dem Justizministerium eine spezielle Anfrage oder Beschwerde vorgelegen habe, auf deren Verbescheidung sich dasselbe beschränkte, ohne auf eine Erörterung der Rechtsmaterie nach ihren verschiedenen Richtungen einzugehen. Die Entscheidung läßt daher sehr wohl eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle zu, auf welche der derselben zu Grunde liegende Gesichtspunkt ebenfalls Anwendung findet, und dies ist allerdings der Fall, wenn derjenige, gegen welchen die Untersuchung gerichtet war, auf die Benützung der Akten Anspruch macht — nicht zum Zwecke des Strafprozesses, sondern um die durch die Untersuchungsakten konstatirten Thatsachen zur Geltendmachung von Privatrechten zu benutzen. Es kann dabei in jedem einzelnen Falle immer wieder nur darauf ankommen, ob die Lage des Strafverfahrens von der Art ist, daß die verlangte Benutzung von

dieser Seite keinem Bedenken unterliegt, und dieses ist der Fall, nicht nur wenn der Beschuldigte auf beschlossene Anklage rechtskräftig freigesprochen ist, sondern auch alsdann, wenn die Voruntersuchung deßhalb eingestellt wird, weil keine strafbare Handlung vorliegt oder die Nichtschuld des Inquisiten bereits genugsam festgestellt oder wenigstens mit Sicherheit aus der Sachlage zu entnehmen ist, daß die Bestimmung des Gesetzes über das Strafverfahren vom 10. November 1848 Art. 55, – wonach das nach Beendigung der Voruntersuchung durch Gerichtsbeschluß eingestellte Strafverfahren wegen erheblicher neuer Beweise der Schuld wieder aufgenommen werden kann, — nicht zur Anwendung kommen werde, oder endlich, wenn die Aktenstücke, deren Benutzung in Anspruch genommen wird, von der Art sind, daß selbst im Falle der Wiederaufnahme der Zweck der Untersuchung nicht gefährdet erscheint.

Vgl. Arnold a. a. O. §. 65 a. E.

Die vorliegende Untersuchung wegen Urkundenfälschung, Amtsuntreue und Unterschlagung wurde nun aber theils aus dem Grunde eingestellt, weil der Inquisit zur Zeit der Vornahme der betreffenden Handlungen nicht im ungestörten Gebrauche seiner Sinne — daher unzurechnungsfähig gewesen sei, theils deswegen, weil derselbe nicht in einem solchen amtlichen Verhältnisse gestanden habe, wie es zur strafrechtlichen Qualifikation seiner Handlungen vorausgesetzt wird. Das Untersuchungsgericht selbst hat erklärt, daß es bei der Einsicht der Akten durch den Offizialanwalt keinen Anstand finde. Von dieser Seite steht daher der in Anspruch genommenen Benützung der Akten kein gegründetes Bedenken entgegen.

In eine tiefere Untersuchung der Frage, ob die verlangten Aktenstücke zur Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche des B. nothwendig oder nützlich

sein mögen, kann hier nicht eingegangen werden; es muß genügen, daß sich das Begehren nicht sofort als muthwillig oder übermäßig darstellt. Eben so wenig kann der Anwalt in der Art der Benutzung beschränkt werden, wenn diese einmal als berechtigt anerkannt ist. Dem Offizialanwalte kann nicht zugemuthet werden, daß er selbst die Aktenstücke abschreibe, der Verwendung seiner Gehilfen hierzu stehen aber dienstliche Rücksichten entgegen.

Vgl. Erkenntniß des obersten Gerichtshofes vom 11. Februar 1831 (Blätter für Rechtsanwendung, Band II S. 296). Sowie die Ertheilung der fraglichen Abschriften an eine vermögliche Partei gegen Erlegung der entsprechenden Tax- und Stempelgebühren nicht verweigert werden könnte,

vgl. Arnold S. 12, Note 8,

so bringt es das dem Imploranten ertheilte Armenrecht mit sich, daß ihm die kostenfreie Ausfertigung verwilliget werde, wobei in Erwägung kommt, daß das gestellte Begehren sich auf wenige Aktenstücke von mäßigem Umfange beschränkt.

OAGErk. v. 31. Dez. 1855 Nr. $1628^{54}/_{55}$.

Von ähnlichen Erwägungen in Betreff der Zugänglichkeit der Untersuchungsakten ist der Gerichtshof in einem Erkenntnisse vom 31. Jan. 1845 Nr. $159^{44}/_{45}$ ausgegangen. M.

2.

Brand, durch Lokomotiv-Funken verursacht. Beschränkte Geltung des Satzes: Der sein Recht Ausübende fügt kein Unrecht zu. Haftung des Unternehmers für das Dienstpersonale. Beweissatz.

Vgl. Bd. XI S. 17 f.

J. W. zu Aubing erhob eine Entschädigungsklage gegen den Fiskus der k. Verkehrsanstalten, anführend, eine ihm gehörige Wiese sei am 17. April 1852 entweder durch die Funken aus der vorüber-

fahrenden Lokomotive oder durch aus der Lokomotive ausgeschüttete feurige Kohlen in Brand gerathen, und ihm dadurch für die Jahre 1852 und 1853 an dem Reinertrage der Heuerndte aus den abgebrannten Wiesentheilen ein jährlicher Schaden von je 300 fl. zugegangen.

In Beurtheilung dieser Rechtssache sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter anderen:

Die Grundhaltigkeit des erhobenen Entschädigungsanspruchs ist nach LR. Th. IV Kap. 16 §. 6 Nr. 3 dadurch bedingt, daß der Beschädigte nachweist, es liege eine durch keinen Rechtsgrund zu rechtfertigende Beschädigung, ein damnum injuria datum, vor. In der Thatsache, daß das k. Aerar als Eigenthümer des Bahnkörpers auch zum Betrieb der Bahn befugt sei, also durch Ausübung der zuständigen Eigenthumsbefugnisse, da es nur die ihm gebührenden Rechte exerzirte, keine ungebührliche Beschädigung habe zufügen können, liegt kein von der Entschädigungspflicht liberirendes Moment, weil der Rechtssatz, daß der, welcher zuständige Rechte übt, durch diese beliebige Uebung keine Rechtsverletzung erzeuge, in seiner Allgemeinheit nicht dahin zu verstehen ist, daß der Eigenthümer unbestraft den Nachbarn lädiren dürfe, da dieser auf Integrität seines Eigenthums den gleichen Rechtsschutz anzusprechen hat. Hasse die culpa des röm. Rechts Ausg. 2 S. 29 Note 1.

Das Gesetz aber erfordert a. a. O. Nr. 4 auch, daß der eingetretene Schaden aus bösem Willen oder aus Fahrlässigkeit des Beschädigers entstehe. Es genügt somit die Thatsache, daß eine Beschädigung stattfand, zur Feststellung einer Verpflichtung zur Entschädigung nicht, es muß die eingetretene Beschädigung als eine widerrechtliche dargelegt werden, was sie dadurch wird, daß der Beschädiger bei

der die Beschädigung veranlassenden Thatsache entweder aus böslicher Absicht, oder doch sonst in fahrlässiger Weise verfährt. Von ersterer ist vorliegenden Falls so wenig die Sprache, als davon, daß der eingetretene Erfolg das Ergebniß eines nicht zu vertretenden Zufalles sei.

Es frägt sich somit vor allem, ob die auf Fahrlässigkeit des Betriebspersonals fundirte Klage in der Weise substanziirt sei, daß unter Verwerfung der opponirten dilatorischen Einrede der zu großen Allgemeinheit und Dunkelheit der k. Fiskus zur Litiskontestation gehalten ist.

Vorerst unterliegt es keinem Bedenken, daß die Klage unmittelbar gegen den k. Fiskus gerichtet werden konnte, ohne daß Kläger nöthig hatte, vor dem k. Fiskus seine Entschädigungsansprüche gegen die Bahnbediensteten zu richten, welche den Zug vom 17. April 1852 geführt haben, denn nach klarer Vorschrift

> fr. 13 pr., fr. 25 §. 7 locati (19, 2): „si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit“

haftet der Unternehmer des Eisenbahnbetriebes, vorbehaltlich seines Rückgriffes an dessen Bedienstete . . . . für den durch letztere entstandenen Schaden unbedingt.

Aus der Verpflichtung, die Klage auf Fahrlässigkeit zu fundiren, folgt aber nicht, daß Kläger in dem konkreten Falle die Pflicht hatte, die Darlegung eines stattgefundenen kulposen Verfahrens anders, als geschehen, thatsächlich zu entwickeln. Eine nähere Detaillirung des Sachverhaltes, als wie sie wirklich erfolgte, war und ist objektiv unmöglich, da nach der Natur der Sache der vom Orte der Beschädigung entfernt domizilirende Damnifikat von allen einzelnen Vorkommnissen des Bahnbetriebs bezüglich der Verwendung der dazu nöthigen Ma-

schinen und ihrer Bedienung so wenig als von der subjektiven Tauglichkeit, Tüchtigkeit und Thätigkeit der einschlägigen Bahnbediensteten eine in die kleinsten Verhältnisse eingehende Kognition haben kann.

Es muß daher, will nicht die Pflicht der Ersatzleistung auf das Gebiet der objektiven Unmöglichkeit versetzt werden, dem Beschädigten gestattet sein, die eine Fahrlässigkeit involvirenden Thatsachen in weiteren Umrissen als vorliegend darzulegen. Der Richter ist nun konkreten Falles in der Lage, aus dem Verlauf des ganzen Vorfalles, und aus den denselben begleitenden Nebenumständen, bei dem Mangel der Fraglichkeit über Existenz eines dolus oder casus, eine bestimmte Ueberzeugung dafür, daß culpa die primitive Veranlassung der erfolgten Beschädigung sei, zu fixiren.

Kläger hat in der Klage auseinandergesetzt, der erfolgte Wiesenbrand sei dadurch veranlaßt worden, daß aus der Lokomotive Funken aussprühten, die seine Wiese in Brand setzten. In der Replik hat er dargelegt, daß durch die erfolgte Ausschüttung des Aschenkastens und die hiedurch entfallenden Kohlen und Funken seine Wiese in Brand gekommen sei. — Beide Angaben enthalten facta, deren Bewahrheitung Sache des Beweisverfahrens sein wird. In diesen Thatsachen selbst liegt aber der Nachweis, daß sie das Ergebniß eines fahrlässigen Verfahrens sind, und nothwendig sein müssen, weil sie weder das Resultat eines böslich gewollten noch eines zufällig entstandenen Zustandes sind.

Kreittmayr's Noten z. a. St. Nr. 2 zählen unter die kulposen Beschädigungen jene, die aus Unwissenheit oder Unerfahrenheit jener Personen entstehen, die aus der Uebung einer bestimmten Profession ihre Lebensbeschäftigung machen, falls sie bei Ausübung dieser einen Schaden zufügen. Zur Profession der hier fraglichen Bahnbediensteten gehört

der Bahnbetrieb, die Benützung, Speisung, Handhabung der Maschine, ihre Heitzung und die Ausleerung des überschüssigen, unbrauchbaren und verzehrten Brennmaterials. Haben die Führer des fraglichen Bahnzuges, die bei der Maschine thätigen Individuen, die Ausleerung des Aschenvorrathes an Orten vorgenommen, wo fremdem Eigenthume Nachtheile erwuchsen, haben sie fragliche Ausleerungen nicht auf abgestorbene Asche beschränkt, sondern auf noch mit brennbaren Theilen versehene, also nicht vollständig verzehrte, und überdies glühende Kohlen ausgedehnt, so haben sie fahrlässig gehandelt. Haben jene Individuen bei dem Vorüberfahren an dem Eigenthume des Klägers die Maschine überheizt, oder nicht Vorsorge getroffen, daß der zur Abführung des überschüssigen Dampfes oder Rauches bestimmte Kamin nicht eine geminderte und ungefährlichere Quantität von Funken oder gar keine aussprühte, und zwar an Plätzen, bei denen die Mittheilung und Verbreitung des Feuers nicht unwahrscheinlich oder doch möglich war, so haben sie, wenn auch in geringerem Grade, worauf es bei der Vertretung der aquilischen culpa nicht ankömmt, fahrlässig gehandelt.

In beiden Richtungen ist die Klage genugsam substanziirt . . . . .

In dem diesfallsigen Beweissatz war der Thatumstand, daß ein Bediensteter des Bahnbetriebs fahrlässig handelt, nicht aufzunehmen, weil, wenn eine der dem Beweise unterstellten Thatsachen [1]) erwiesen wird, von selbst erwiesen ist, daß der eingetretene Erfolg das Resultat eines fahrlässigen Verfahrens sei. Ob eine Thatsache als fahrlässig prädizirt werden könne, hat der Richter aus den begleitenden Umständen zu beurtheilen. Wird eine der alternativ

---

[1]) Der Branderregung durch Funkensprühen, beziehungsweise durch Ausschütten feuriger Kohlen.

zum Beweiſe ausgeſetzten Thatſachen erprobt, ſo ſteht nach obiger Darlegung die richterliche Ueberzeugung feſt, daß der ſtattgefundene Erfolg ein fahrläſſig veranlaßter war, indem er weder gewollt noch durch Zufall herbeigeführt worden, bei gehöriger Aufmerkſamkeit aber hätte vermieden werden können und ſollen. In jener Richtung bedarf es keiner Spezialiſirung im Beweisthema ſelbſt . . . . . .

OAGE. v. 11. Mai 1855. Nr. $521^{53}/_{54}$.

3.

Jüdiſcher Zeugeneid, ob in der Synagoge abzunehmen?

Vgl. Bd. XVII S. 343.

Nach der GO. ſind Parteien- und Zeugeneide vor Gericht abzuleiſten,

vgl. Kap. XIII §. 1 Nr. 6 mit Kap. X §. 1 und 14,

und hat die vor der Beeidigung vorzunehmende Belehrung durch den Richter zu geſchehen.

Hievon iſt bezüglich der Eidesleiſtung durch die Juden im Geſetze keine Ausnahme gemacht, und auch in der Anmerkung zu Kap. X §. 14 lit. e iſt davon, daß die Juden den als Partei oder Zeuge zu ſchwörenden Eid in der Synagoge zu leiſten haben, keine Rede.

Nur nach dem Gerichtsgebrauche *kann* bei Chriſten die Belehrung durch den betreffenden Pfarrer, bei Juden die Belehrung durch den Rabbiner und die Eidesleiſtung in der Synagoge vorgenommen werden, wenn *beſondere* Umſtände (zu welchen die Wichtigkeit der Sache für ſich nicht zu rechnen) eine *beſondere* Feierlichkeit bei der Eidesleiſtung nothwendig oder räthlich machen. Dies iſt auch in dem (lithographiſch den Gerichten mitgetheilten) Miniſterialreſkripte vom 27. Juni 1823 anerkannt.

Es hängt daher nicht bloß von dem Antrage

einer Partei ab, ob ein als Zeuge vorgeschlagener Jude in der Synagoge zu beeidigen sei oder nicht; sondern es hat dieses der Richter mit Rücksicht auf die obwaltenden besonderen Verhältnisse zu bemessen, und es kann mit Rücksicht auf den Zweck, welchen die Eidesabnahme in der Synagoge allein haben kann, diese Form der Eidesleistung nur dann angewendet werden, wenn die obwaltenden Umstände zu der Annahme Anlaß geben, daß eine besondere Feierlichkeit bei der Abnahme des Eides nothwendig sei, um den Zeugen zur Angabe der reinen und vollen Wahrheit zu bestimmen.

Vgl. OAGAkt. Nr. $407^{54}/_{55}$.

4.

Hypothekenzinsklage. Eingetragene Protestation unerheblich.

In Bd. XII S. 161 f. unserer Zeitschrift ist gezeigt, daß eine gegen die Hypothekforderung eingetragene Protestation der Hypothekenzinsklage nach §. 52 des HG. nicht im Wege stehe. In diesem Sinne heißt es in oberstrichterlichen Entscheidungsgründen:

Es liegt in der Natur der Sache, daß das Berufen darauf, die Kapitalforderung sei noch im Streite begriffen, rechtlich wirkungslos ist, daher auch ganz unerheblich, was hier über die (dort geltend gemachten) angeblichen rechtlichen Folgen der Eintragung einer Protestation im Hypothekenbuche gegen die Hauptschuld angeführt wird.

OAGE. v. 23. Nov. 1855. Nr. $1503^{54}/_{55}$.

5.

Landgerichtlicher Kuratelkonsens, aus der Beglaubigung der Vollmacht zu entnehmen.

Gegen die Klage der Gemeinde Großheubach schützte der Beklagte, Steinmetzmeister Koch zu

Frankfurt, unter anderen die Einrede der fehlenden Legitimation vor, indem nach bayerischen Gesetzen bei Klagen der Gemeinden die Zustimmung des betreffenden Landgerichts erforderlich sei, im vorliegenden Falle aber auf die Vollmacht neben der Unterschrift der Gemeindevorsteher das Landgericht nur „zur Beglaubigung" geschrieben habe. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Zustimmung des Landgerichts Klingenberg liegt darin, daß dieses Gericht die beigebrachte Prozeßvollmacht mit unterzeichnet hat. Denn die neben, nicht hinter der des Gemeindevorstandes stehende Unterschrift des Landgerichts ist offenbar nicht bloß zu dem Zwecke hinzugesetzt, um die Signaturen der Gemeindeverwaltung, sondern um die Vollmacht selbst zu beglaubigen, und für gültig zu erklären; sie würde den hiedurch ertheilten Konsens zur Klaganstellung aber auch dann involviren, wenn man ihr nur die erstere Bedeutung geben müßte, da nothwendig anzunehmen steht, daß das Landgericht die Vollmacht eingesehen und also gewußt hat, daß es eine und welche Prozeßvollmacht sei.....

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30. Jan. 1850.
Frankfurter Samml. von Römer Bd. II S. 230.

6.

Oberberufungssumme. Von Gegenständen, welche keine Schätzung zulassen.

Die Schützengilde zu W. klagte gegen eine Anzahl dortiger Bürger auf Erfüllung einer Vorschrift ihrer Satzungen, nach welcher jeder neuangehende Bürger sich in die Gesellschaft mit 1 fl. einzukaufen, derselben ein Hochzeitschießen zu wenigstens 45 kr. zu geben, und die ersten 3 Jahre in das gewöhnliche Zinnschießen (jeder 1 fl. 12 kr) mitzulegen, und selbst mitzuschießen verbunden sei.

Als die Sache von der in 2 Instanzen abgewiesenen Klägerin an den obersten Gerichtshof gebracht wurde, kam das Dasein der Oberberufungssumme in Frage. Die Motive des OAGE. äußern hierüber:

Wenn Revident unter Bezugnahme auf §. 63 der Nov. v. 1837 geltend macht, daß es sich hier um ein, eine bestimmte Schätzung nicht zulassendes Recht handle, so kann er nur den Umstand im Auge haben, daß nach der Klagbitte die Beklagten auch für schuldig erklärt werden sollen:

in den 3 ersten Jahren ihrer Ansäßigkeit bei den Gesellschaftsschießen selbst mitzuschießen.

Allerdings bestimmt der §. 63, daß die Berufung ohne Rücksicht auf die Summe zulässig sei, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine bestimmte Schätzung nicht zulassen; allein diese gesetzliche Bestimmung setzt doch immerhin voraus, daß der eine bestimmte Schätzung nicht zulassende Gegenstand der Beschwerde für den Beschwerdeführer überhaupt ein pekuniäres oder sonst ein privatrechtliches Interesse habe, indem bei dem gänzlichen Mangel eines solchen Interesse auch von einer Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes nicht die Rede sein kann. Letzteres ist aber in Ansehung der Leistung, auf welche obige Klagbitte gerichtet ist, der Fall, da die Handlung, zu welcher die Beklagten nach derselben verpflichtet sein sollen, offenbar keine solche ist, welche für die klagende Schützengesellschaft, als Korporation, zu deren Bestem vorzunehmen wäre, und daher auch nicht ersehen werden kann, welches Interesse die klagende Schützengesellschaft haben sollte, daß die Beklagten nicht nur für die ersten 3 Jahre ihrer Ansäßigkeit 3 fl. 36 kr. Einlagen in die Gesellschaftskasse bezahlen, sondern auch bei den 3 Schießen, für welche diese Einlagen

bestimmt sind, mitzuschießen. Revident hätte daher jedenfalls näher darlegen sollen, worin denn das unschätzbare, den Beschwerdegegenstand bildende Recht, welches die Anwendung des §. 63 rechtfertigen soll, bestehe, und da dieses nicht geschehen, mußte die erhobene Revision als wegen Mangels der gesetzlichen Revisionssumme unzuläßig, abgewiesen werden.

OAGE. v. 27. Mai 1854. Nr. 899$^{52}/_{53}$.

7.

Transmission bedingter Fideikommisse.

Preuß. LR. I, 12 §. 467.

Auch der unter einer Bedingung eingesetzte Fideikommissar, welcher den Testirer überlebt, transmittirt sein Sukzessionsrecht auf seine Erben, wenn er gleich vor dem Substitutionsanfall stirbt, und ohne Unterschied, ob die Bedingung von einem Zufalle oder von einer freien Handlung des bedingt Berechtigten abhängt.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 27. Feb. 1854. Entsch. d. OT. Bd. 27 S. 340.

8.

Extinktivverjährung gegen dienstlich Abwesende.

Preuß. R.

Die Vorschrift des A. LR. I, 9 §. 519:

„Gegen den Eigenthümer eines Grundstücks kann, so lange derselbe zum Dienste des Staats auch nur in einer andern königlichen Provinz sich aufhält, keine dieses Grundstück betreffende Verjährung anfangen"

bezieht sich nicht nur auf die Verjährung durch Besitz, sondern auch auf die Extinktivverjährung.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 30. Januar 1854. Entsch. d. OT. Bd. 27 S. 318.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Ergänzungsblatt. № 3. 21. Jahrgang.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Geständniß, beim Sühneversuch abgelegt. — Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit. Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partialgläubigern. — Berufungssumme. Kostenpunkt, vom Untergericht vorbehalten, vom Obergericht durch Kompensation erledigt. — Von der Erklärung des Testirers, die den Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen. — Enthebung vom Portefeuille. Reaktivirung. Gehaltsanspruch. — Sind unter dem „Gesammtgehalte" im Sinne des §. 23 der IX. Beil. zur VU. auch Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen? — Verzugszinsen aus zuerkannten Gehaltsnachzahlungen. — Errungenschaftsantheil eingeklagt. Einwand: Klägerin habe keine Unterstützung im Haushalt und im Gewerbsbetrieb geleistet. Schweinfurter Stadtrecht. — Das Dekret über Feststellung der zur Eidesleistung für eine Genossenschaft bestimmten Schwurmänner ist zu selbstständiger Berufung dagegen geeignet. — Rechtsgeschäfte mit Handlungsreisenden. — Verzugszinsen bei der condictio indebiti. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Geständniß, beim Sühneversuch abgelegt.

In einer Ehescheidungssache war der Beklagten zu beweisen aufgelegt: daß ihre Krankheit (Epilepsie) dem Kläger schon vor Eingehung der Ehe bekannt gewesen sei. Zur Erbringung dieses Beweises berief sich dieselbe auf das Zeugniß des Landgerichtsassessors und des Pfarrers, vor welchen der Sühneversuch gepflogen war, indem Kläger in dieser Verhandlung jene frühere Bekanntschaft mit der Krankheit der Beklagten zugestanden habe. Dieses Zugeständniß wurde auch von den vorgeschlagenen Zeugen bekundet und in Folge dessen

(wobei noch andere Behelfe adminikulirten) der aufgelegte Beweis für geliefert, erachtet. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir, was folgt:

Daß Kläger bei diesem Geständnisse nicht die Absicht gehabt habe, eine ihm nachtheilige Thatsache einzuräumen, kann nicht angenommen werden, nachdem der Kläger nicht behauptet hat, daß er bei der Ablegung dieses Geständnisses nicht seiner selbst mächtig war, und nachdem er sich nicht über Zwang, Irrthum oder Hinterlist beschwert hat; sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß er dieses Geständniß bei gutem Verstande und aus freiem ungezwungenen Willen und zwar in Gegenwart derjenigen abgelegt hat, zu deren Vortheil das Geständniß gereicht . . . . . dieses Geständniß ist ein gerichtliches Zugeständniß, weil es vor dem Gerichte, welches zur Verhandlung des Ehescheidungsprozesses kommittirt und also das zuständige war, und bei einer von dem Prozeßgerichte gepflogenen Verhandlung in der Ehescheidungssache, nämlich bei dem gerichtlichen Sühneversuche, abgelegt wurde.

Daß dieses Geständniß nur mündlich abgelegt und nicht protokollirt worden ist, thut Nichts zur Sache, weil ein Geständniß mit Worten, Schriften oder Zeichen gemacht werden kann, wenn es nur so klar und deutlich am Tage liegt, daß man nicht nur den Willen des Gestehenden überhaupt, sondern auch, was und wieviel er dadurch einräumen wollte, hinlänglich daraus erkennen kann, und weil es durch die erwähnten beiden exzeptionsfreien Zeugen vollständig erwiesen ist.

Der von dem Kläger hervorgehobene Umstand, daß vor der Ablegung dieses Geständnisses die in den §§. 18 und 19 der Novelle v. 17. Nov. 1837 vorgeschriebene Belehrung noch nicht erfolgt war,

und daß deshalb auch der animus confitendi zweifelhaft sei, benimmt diesem Geständnisse an seiner Kraft und Gültigkeit nichts, weil diese Gesetzstelle sich nur auf stillschweigende Zugeständnisse nicht bestimmt widersprochener Thatumstände, nicht aber auf ausdrückliche Zugeständnisse bezieht, bei welch' letzteren eine gerichtliche Belehrung über die Folgen solcher Zugeständnisse nicht vorgeschrieben ist.

Das Zugeständniß des Klägers hat somit alle gesetzlichen Eigenschaften eines gerichtlichen Geständnisses [1]), und wird noch durch die Aussagen der übrigen von der Beklagten produzirten Zeugen unterstützt, aus welchen hervorgeht, daß die Krankheit der Beklagten (schon vor deren Verehelichung) ortskundig war, und daher dem Kläger nicht unbekannt sein konnte.

OAGE. v. 16. Okt. 1855. Nr. $1218^{54}/_{55}$.

---

[1]) Sollte nicht bei der Vorschrift der GO. XII §. 1 Nr. 5 vorausgesetzt sein, daß der Bestimmung des Kap. IV §. 15, nach welcher alle mündlichen Handlungen protokollirt werden sollen, in Ansehung des Geständnisses genügt worden sei? — Ohnehin waltet gegen die Annahme voller Beweiskraft der im Sühneversuch abgelegten Geständnisse das Bedenken ob, daß die Aussicht auf eine solche Folge die Erschienenen zu Rückhalten veranlassen, die Erreichung des Zwecks der Verhandlung erschweren würde. Mit dem Charakter einer vertraulichen Besprechung, welche diese Verhandlung (insbesondere durch die Betheiligung des Seelsorgers in solchen Sachen) haben soll, scheint sich jene Folge nicht zu vertragen. Es ist eine in der Natur der Sache wurzelnde Vorschrift, wenn z. B. das Hamburger Statut untersagt, auf dasjenige, was von den Parteien im Termine des Güteversuchs vorgetragen worden ist, bei Fällung des Urtheils Rücksicht zu nehmen. Hamburger Samml. von Entscheid. des Lübecker OAG. N. F. Bd. I S. 159. — S.

*

2.

Privatschuldbriefe auf den Inhaber. Deren Rechtsgültigkeit. Verhältniß zwischen dem Emittenten und den Partialgläubigern.

Vgl. oben S. 417 f.

In einer Frankfurter Rechtssache verlangte ein Partialgläubiger auf dem Wege der Klage vom Emittenten (Rothschild), daß er Rechnung in Betreff der von dem verpfändeten Gute gezogenen Einnahmen und der seitherigen Verzinsung und Tilgung des Gesammtanlehens stelle, so wie die parat liegenden Gelder zur Verzinsung und Kapitalverloosung verwende. Der Verklagte räumte nur ein, zur Rechnungsstellung über die von ihm besorgte Liquidation in der Debitmasse des Schuldners verpflichtet zu sein; im Uebrigen hätten sich die Inhaber der Partialobligationen direkt an den Schuldner halten können. Der Fall war nach gemeinem Rechte zu beurtheilen, und daher zur Beantwortung der Frage geeignet, ob die Verweisung des Klägers an den Schuldner nicht schon deßwegen als unstatthaft erscheine, weil die Obligation ein Verhältniß zwischen zwei *bestimmten* Personen sei und daher eine solche zwischen dem Schuldner und *unbestimmten* Inhaber von Partialobligationen nicht bestehe, beziehungsweise weil Privatschuldbriefe au porteur nach Analogie der au porteur ausgestellten Wechsel für unwirksam zu achten seien? [1]) — Es kam aber

---

[1]) Ausstellung von Wechseln au porteur war auch vor der A. D. WO. in Frankfurt a/M. unstatthaft. Vgl. *Span* Frankfurter Wechselrecht §. 10. — Auf die Bestimmung der A. D. WO. Art. 4 Nr. 3 kann allerdings der Satz „vice nominis fungitur demonstratio" keine die Ausstellung au porteur zulassende Anwendung finden, weil ja zufolge der Konferenzprotokolle durch diese Gesetzstelle gerade die Ausschließung der Ausstellung au porteur beabsichtigt

diese Frage, zufolge der uns vorliegenden Motive der oberstrichterlichen Entscheidung, gar nicht in Anregung, indem zwar die Schwierigkeit des Auftretens der Partialgläubiger gegen den Schuldner hervorgehoben, aber nicht erwähnt wurde, daß über die Gültigkeit der einzelnen Schuldverschreibungen auf den Inhaber irgend ein Zweifel bestehe.

Das Verhältniß zwischen dem Emittenten und den einzelnen Inhabern von Partialen betreffend, wurde im Einklange mit der Ausführung in Bd. XI S. 1 f. unserer Zeitschrift angenommen, es habe eine stillschweigende Vereinbarung zwischen dem Emittenten und den Inhabern der Partialobligationen unter Beitritt des Schuldners dahin stattgefunden, daß der Emittent durch die Ausübung der ihm zu diesem Behufe in der Hauptschuldverschreibung ertheilten Rechte aus dem Vermögen des Schuldners die erforderlichen Geldmittel zur Bezahlung der Zinsen und zur successiven Rückzahlung des Kapitals herbeischaffen, und die eingegangenen Gelder zu diesen Zahlungen, so wie solche in der Schuldverschreibung bestimmt sind, verwenden sollte, — der Emittent habe also von Anfang an gegen die Inhaber von Partialobligationen die Verpflichtung zu einer Geschäftsführung in dem obgedachten Maaße übernommen, woraus dann dessen Verpflichtung zur Rechnungsstellung von selbst folge.

Vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck v. 27. Juni 1850. Frankfurter Samml. von Römer Bd. II S. 348 f.

---

war. Bezüglich der Namenseintragung in das Hypothekenbuch liegt (was nämlich das bayerische Recht betrifft — vgl. Gönner Hypothekengesetz-Kommentar Bd. II S. 311) eine solche Absicht nicht vor.

3.

Berufungssumme. Kostenpunkt, vom Untergericht vorbehalten, vom Obergericht durch Kompensation erledigt.

Ist in solchem Falle das Obergerichtserkenntniß in Betreff des Kostenpunkts als in erster Instanz ergangen anzusehen, daher für die Berufung an das OAG. nur eine Beschwerdesumme von 100 fl. zu erfordern?

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber: Die erste Instanz hat in Konformität mit ihrem (auf Eidesleistung gerichteten) Urtheile in der Hauptsache ausgesprochen, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt dem Endurtheile vorbehalten bleibe, also hierüber einen wirklichen, rechtlich motivirten Ausspruch erlassen, wobei es für die Beantwortung der Frage, ob über die Kosten erkannt worden, ganz gleichgültig ist, wie erkannt wurde, ob materiell oder nur formell [1]). Da nun die zweite Instanz bezüglich der Kosten (wie in der Hauptsache) abändernd erkannte, so liegen darüber in der That zwei Erkenntnisse vor. Das Obergericht hat nur deshalb, weil die Sache im Wege der Berufung an dasselbe gelangte, nicht blos in der Hauptsache, sondern auch über die Kosten als einen davon untrennbaren Nebenpunkt, welchen es schon von Amtswegen beachten mußte, sonach in beiden Beziehungen als zweite Instanz erkannt, und es wäre überhaupt mit dem Zusammenhange der Hauptsache und der Kosten, welche miteinander nur ein Ganzes als Streitgegenstand ausmachen, und mit der Eigenschaft des Oberrichters als zweiter Instanz unvereinbar, seine Entscheidung über die Kosten nur als

---

[1]) Freilich ist der Inhalt des erlassenen Ausspruchs kein anderer, als: über den Kostenpunkt wird jetzt nicht erkannt. Lassen sich wohl Erkennen und Nichterkennen als Einerlei betrachten? S.

ein Urtheil erster Instanz gelten zu lassen, während die Entscheidung in der Hauptsache als ein Erkenntniß zweiter Instanz in Kraft bestehen soll. Demnach wird für die Berufung des Klägers eine Beschwerdesumme von 300 fl. erfordert.....

OAGE. v. 9. März 1855. Nr. $404^{54}/_{55}$.

4.

Von der Erklärung des Testirers, die dem Zeugen vorgelegte Schrift enthalte seinen letzten Willen.

In einer Rechtssache war den klagenden Intestaterben unter anderem zu beweisen aufgelegt:

daß der Testirer den Zeugen nicht in deren gleichzeitiger Gegenwart erklärt habe, daß die ihnen zur Unterschrift vorgelegte und von ihnen unterschriebene Urkunde seinen letzten Willen enthalte.

In der oberstrichterlichen Beurtheilung der unternommenen Beweisführung kommt hierüber nebst anderem vor:

Aus dem Inhalt und Zusammenhang der sämmtlichen Zeugenaussagen ist mit hoher Wahrscheinlichkeit zu entnehmen, daß, wenn nicht der Testirer selbst, doch der Lehrer K. den Zeugen erklärte, die vorgelegte Skriptur sei der letzte Wille des Sch..... Wenn nun dieß in seiner Gegenwart, sonach mit seinem Wissen und Willen durch K. erklärt wurde, so ist es eben so gut, als ob die Erklärung vom Testirer unmittelbar ausgegangen wäre. Das in subsidium geltende gemeine Recht ist in Bezug auf die vorwürfige Formalität keineswegs rigoros. Es soll genügen, wenn der das schriftliche Testament unterschreibende Zeuge nur wahrnimmt, daß die vorliegende Skriptur der letzte Wille des Testirers sein solle, so daß er selbst die Sprache des Testirers nicht zu ver-

ſtehen braucht. Fr. 20 §. 9 qui testamenta facere possunt (28, 1) „non tamen intelligentiam rermonis exigimus; hoc enim D. Marcus Didio Juliano in teste, qui latine non noverat, rescripsit: nam si vel sensu percipiat quis, cui sei adhibitus sit, sufficere.“

OAGE. v. 6. März 1855. Nr. $993^{53}/_{54}$.

Wenn heute das Gericht ein mildes Urtheil ſprach,
So denke: morgen kommt vielleicht ein ſtrenges nach.

5.

Enthebung vom Portefeuille. Reaktivirung. Gehaltsanſpruch.

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

„Seine Entlaſſung aus dem Staatsdienſte nehmen, was dem Staatsdiener zu jeder Zeit freiſteht und nicht verweigert werden darf, und um Enthebung von einer Miniſterſtelle bitten, welche aber verweigert werden kann [1]), ſind weſentlich verſchiedene Begriffe, und mit verſchiedenen Folgen verbunden; und ebenſo verſchieden iſt die Entlaſſung — Dimiſſion — eines Staatsdieners für immer von der einem Staatsdiener auf ſeine Bitte gewährten Enthebung von der bisher bekleideten Miniſterſtelle.“

„Es iſt offenbar ſprachunrichtig, logiſch und rechtlich unſtatthaft, in Auslegung der §§ 19 und 22 der neunten Beilage zur Verfaſſungsurkunde die darin nicht erwähnte Enthebung eines Staatsdieners von einer beſtimmten Dienſtesſtelle als gleichbedeutend und identiſch

[1]) Der in Art. III des Geſetzes vom 4. Juni 1848, die Verantwortlichkeit der Miniſter betr., vorgeſehene Ausnahmsfall ſcheint nicht in Frage geweſen zu ſein.

mit Entlassung aus dem Staatsdienste zu nehmen, und somit: „Dimission aus dem Staatsdienste" hinein zu legen, und dadurch die mit letztern Thatsachen verfassungsmäßig verbundenen Rechtsfolgen auch auf die im Edikte nicht genannte Enthebung auszudehnen, und diese Ausdehnung auf den vorliegenden Fall in der Art anzuwenden, daß der Staatsminister, welcher um Enthebung von dieser Stelle nachsucht, eben so anzusehen sei, als habe er seine Entlassung aus dem Staatsdienste genommen, sohin keinen Anspruch mehr auf irgend einen Gehalt, während nach Art. III mit I. des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Verantwortlichkeit der Minister betr., dem enthobenen Staatsminister der Standesgehalt ungeschmälert verbleibt; . . . . . was mit dem gänzlichen Austritt aus dem Staatsdienste unvereinbar wäre. . . . . "

„Wenn der auf sein Gesuch der Ministerstelle enthobene Staatsminister zum Staatsrathe im außerordentlichen Dienste mit der Zusicherung ernannt wird, daß bezüglich seiner Berufung zu einem anderen Amte und seiner künftigen Gehaltsfestsetzung weitere Entschließung nachfolgen werde, so ist dadurch weder seine wirkliche Entlassung aus dem Staatsdienste (Dimission) noch der Wille hiezu, sondern vielmehr geradezu das Gegentheil erklärt worden . . . . . "

Nachdem noch bemerkt war, wie im gegebenen Fall der dem Kläger vom Tage seiner Enthebung von der Ministerstelle (bis zur Ernennung in anderer Eigenschaft) gebührende Bezug in einer Entschließung des k. Finanzministeriums ausdrücklich als Quieszenzgehalt bezeichnet, und hierdurch mit Wort und That ausgesprochen worden, daß der Kläger nicht aus dem Staatsdienste entlassen, sondern nur außer Aktivität gesetzt, d. i. quieszirt werden wollte

und wurde — heißt es in den oberstrichterlichen Motiven weiter:

„Hieraus ergibt sich zugleich, daß seine Berufung (zu einer anderen Stelle) keine neue Anstellung, sondern nur eine Reaktivirung war. In Voraussetzung dieser Thatsache ist aber auch dessen Anspruch auf einen Gehalt von 6000 fl. . . . . rechtlich begründet."

„Nach §. 25 – 27 der neunten Beilage zur Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 erhält der zur Aktivität provisorisch wieder berufene Quieszent den Gesammt-Geldgehalt oder fixen Geldgehalt seiner vorigen Stelle, und bei dessen Wiedereinsetzung in eine definitive Aktivität den Standes- und Dienstesgehalt der neuen Stelle, wenn dieser größer oder eben so groß als der in seiner vorigen Diensteskategorie bezogene fixe Geldgehalt ist, widrigenfalls aber seinen vormaligen Aktivitätsgehalt. Hiernach gilt als Grundsatz, daß der Quieszent durch seine Reaktivirung an seinem früher bezogenen fixen oder Gesammt-Geldgehalte nichts verlieren, sondern jedenfalls wenigstens in diesen Bezug wieder eintreten soll."

„Da nun der Gesammt-Geldgehalt oder Standes- und Dienstesgehalt des Klägers in 6000 fl. bestand [2]), welchen er auch als Staatsrath im ordentlichen Dienste ansprechen konnte, so gebührt ihm dieser ganze Betrag auch in seiner dermaligen Dienstesstelle . . . . ."

OAGE. vom 29. Feb. 1856. Nr. $152^{55}/_{56}$.

---

[2]) Die weiteren 6000 fl., welche ein Staatsminister als Funktions-Nebenbezug empfängt, kommen nicht in Ansatz.

6.

Sind unter dem Gesammt-Gehalte im Sinne des §. 23 der IX. Beil. zur VU. auch Mehrbezüge aus früheren Dienstverhältnissen begriffen?

Diese Frage wurde oberstrichterlich bejaht. Gründe:

„In konsequenter Uebereinstimmung mit Tit. VIII §. 3, 4, 5 der VU. und zum Zwecke der verfassungsmäßig gewährten Unparteilichkeit und Unaufhaltsamkeit der Rechtspflege, so wie der Gleichheit vor dem Gesetze, ist in dem neunten konstitutionellen Edikte §. 4 ausgesprochen, daß die erste Anstellung und jede Beförderung der Richteramts-Funktionen versehenden Staatsdiener sogleich definitiv ist, und im §. 23, daß die Vorstände und Räthe der Justizkollegien, mit Einschluß der Kreis- und Stadtgerichte, in ihrer Eigenschaft als Richter in allen Quieszenzfällen im Bezuge des verliehenen Gesammt-Gehaltes verbleiben. Da nun der dem Kläger gebührende Gesammtgehalt (oder fixe Geldgehalt, oder Standes- und Dienstes-Gehalt) in 6000 fl. jährlich besteht [1]), so hat derselbe in seiner Eigenschaft als Mitvorstand eines Gerichtshofes diesen Gehalt auch im Falle einer Quieszenz mit Recht in Anspruch zu nehmen."

Daß unter dem Ausdrucke „verliehenen" nicht der im Reaktivirungsdekrete irrthümlich gegen Gesetz und Recht bestimmte, sondern der gesetzlich gebührende Gehalt zu verstehen sei, ergibt sich aus §. 29 des Ediktes, wornach jede dem Inhalte desselben zuwiderlaufende Minderung des Gehaltes als eine Civilrechtsverletzung zur Klage berechtiget, und aus §. 27, wornach dem Kläger bei seiner Reaktivirung sein voriger Aktivitätsgehalt von 6000 fl.

---

[1]) S. oben S. 458

als ihm rechtmäßig gebührend hätte angewiesen werden sollen . . . . . " [2])

„Daß in dem Falle, wenn ein im administrativen Dienste stehender Staatsdiener in ein Justizkollegium eintritt, und ihm nebst der Richteramts-Besoldung noch ein Mehrbezug aus seinem vorigen Dienstverhältnisse belassen wird, dieser Mehrbezug gleichfalls die rechtliche Natur eines durch Quieszirung nicht entziehbaren Richteramts- oder Standesgehaltes annimmt, hat der oberste Gerichtshof bereits in der Rechtssache Nr. $396^{39}/_{40}$ durch Erk. vom 24. Januar 1840 ausgesprochen. In rechtlicher Beziehung und der rechtlichen Wirkung nach ist es aber gleichviel, ob dem Richter ein Mehrbezug aus früherem Dienstverhältnisse in seinem Anstellungs- oder Reaktivirungs-Dekrete belassen oder verliehen, oder durch richterliches Urtheil zuerkannt wird. In beiden Fällen gebührt ihm der Mehrbezug rechtmäßig als Gehalt, und auch der richterlich zuerkannte Mehrbezug beruht ursprünglich auf einer ediktmäßigen Verleihung, §. 29 a.

---

[2]) Die Frage: ob nicht dem Kläger bei seiner Reaktivirung der seinen dekretmäßigen Gehalt übersteigende Mehrbetrag (aus dem früheren Dienstverhältnisse) als ein (bei der Quieszirung wegfallender) Dienstesgehalt hätte verliehen werden können? — lag zwar nicht zur Entscheidung vor; indessen wurde in den oberstrichterlichen Motiven beiläufig darüber geäußert: dieselbe würde in der Erwägung, daß Kläger in eine reine Richteramtsstelle eingetreten ist, sofort auch seinen Gehalt nur in der Eigenschaft als Richter beziehen kann, und daß in Rücksicht auf die Unabhängigkeit der Gerichte zur Sicherung einer unparteiischen unaufhaltsamen Rechtspflege der Richter durch seine Quieszirung in seinem verliehenen, d. h. bis dahin rechtmäßig bezogenen Gehalte nichts verlieren soll, — wohl zu verneinen sein.

a. O., und darf daher durch die Quieszirung nicht entzogen werden."

OAGE. v. 29. Febr. 1856. Nr. $152^{55}/_{56}$.

7.

Verzugszinsen aus zuerkannten Gehalts-Nachzahlungen.

Bayer. R.

Aus oberstrichterlichen Motiven entnehmen wir das Folgende:

Da Kläger bisher nur den im Dekrete bestimmten jährlichen Gehalt von 4000 fl. empfangen hat, so ist ihm der Gehaltsmehrbetrag von 2000 fl. pr. Jahr vom . . . . . angefangen nachzuzahlen; und zwar mit fünfprozentigen Verzugszinsen von jedem zu Anfang des Monats fällig gewordenen Ratum dieser 2000 fl.; weil die Zahlung nach den bestehenden Finanzverordnungen in monatlichen Raten zu Anfang jeden Monats hätte geleistet werden sollen, aber nicht geschehen, sohin von diesem jedesmaligen Zeitpunkte an auf Seite des Aerars Saumsal eingetreten, und der kgl. Fiskus nach dem bayerischen Landrechte von der Verbindlichkeit, Verzugszinsen zu zahlen, nicht befreit ist, indem das Gesetz —

Cod. Max. civ. P. IV cap. 1 § 9 Nr. 1

und P. II cap. 3 §. 21 Nr. 1, 2, 3 u. 5

in dieser Beziehung eine Ausnahme für den k. Fiskus nicht enthält, wie sie das römische Recht statuirt;

vgl. P. II cap. 1 §. 5 not. 9 und cap. 3 §. 21 not. 1, 2, 3;

Blätter für Rechtsanwendung Bd. VII S. 241, 243;

abgesehen davon, daß das verfassungsmässige, durch das neunte konstitutionelle Edikt geschaffene Rechtsverhältniß des Staatsdieners nicht als ein rein privatrechtliches Rechtsverhältniß beurtheilt werden kann.

OAGE. v. 29. Feb. 1856. Nr. $152^{55}/_{56}$.

8.

Errungenschafts-Antheil eingeklagt. Einwand: Klägerin habe keine Unterstützung im Haushalt und im Gewerbsbetrieb geleistet. Schweinfurter Stadtrecht.

Vgl. oben S. 61 f.

Dieser Einwand (sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe) vermag die Entbindung von der Klage nicht zu begründen. Dasjenige, was die Eheleute durch ihre gemeinschaftliche Thätigkeit erwerben, bildet allerdings einen Theil der Errungenschaftsgemeinschaft; diese ist aber nicht darauf beschränkt, vielmehr gehört dazu auch Alles, was ein Gatte durch seinen besonderen Fleiß erwirbt, so wie die Nutzung des beiderseits beigebrachten Vermögens. Daß die Ehefrau durch ein pflichtwidriges Benehmen, wie es derselben vom Beklagten vorgeworfen wird, ihres Anspruches auf die Errungenschaft verlustig werde, läßt sich weder aus allgemeinen Grundsätzen behaupten, noch, ist solches in dem Schweinfurter Stadtrecht [1]) verfügt . . . . . .

OAGE. v. 29. Nov. 1854. Nr. $930^{53}/_{54}$.

9.

Das Dekret über Feststellung der zur Eidesleistung für eine Genossenschaft bestimmten Schwurmänner ist zu selbstständiger Berufung dagegen geeignet.

In der aus S. 109 f. ersichtlichen Rechtssache wurden durch Dekret vom 21. Juni 1853 aus den vorgeschlagenen Schwurmännern Fünf als eidesfähig und der Zahl nach genügend erklärt. Dagegen legte Beklagte am 2. Juli Verwahrung ein. Im September erfolgte die Eidesleistung durch die in

[1]) Bezugnahme auf Sect. V Tit. 52 §. 11; Sect. VII Tit. 62 §. 24.

jenem Dekrete bezeichneten Schwurmänner, darauf im Oktober das Enderkenntniß. In der Berufung gegen dieses wollte nun die durch die erwähnte Verwahrung vorbehaltene Beschwerde geltend gemacht werden, wurde aber als verspätet erachtet. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen:

Gemäß §. 52 Nr. 6 der Novelle von 1837 sind Urtheile über die Statthaftigkeit eines Haupteides von den Bestimmungen des §. 51 ausgenommen, und was von Urtheilen gilt, muß auch von deßfallsigen motivirten Dekreten gelten. Die Frage der Statthaftigkeit nämlich kann sowohl bezüglich desjenigen, was beschworen werden soll, als in Ansehung der Person sich ergeben, von welcher der Eid deferirt wird, oder von welcher er geleistet werden soll. Letzteres war vorliegend bezüglich des Bescheides vom 21. Juni 1853 in Frage, weßwegen, da von der Beklagten gegen denselben am 2. Juli nur Verwahrung eingelegt wurde, die erst in der Berufung v. 30. Nov. 1853 gegen das Dekret vom 21. Juni ausgeführte Beschwerde allerdings desert ist. Die revisionsweise vorgebrachte Behauptung, die Beschwerde sei nicht dagegen gerichtet, daß die klägerischen Schwurmänner zum Eid gelassen wurden, sondern gegen die Beweiskraft des von denselben geleisteten Eides —, verdient kaum eine Würdigung. Denn die Beweiskraft dieses Eides ist die nothwendige Folge des rechtskräftig gewordenen Dekretes v. 21. Juni, durch welches die vorgeschlagenen Schwurmänner für eidesfähig erklärt worden waren. Die hiernach feststehende Eidesfähigkeit hat von selbst auch die Beweiskraft des von ihnen geleisteten Eides zur Folge. Denn aus einem anderen Grunde, als weil diese Schwurmänner als eidesfähig zum Eid gelassen wurden, konnte die Eidesleistung von der Beklagten nicht angegriffen werden.

OAGE. v. 5. März 1855. Nr $315^{54}/_{55}$.

10.

Rechtsgeschäfte mit Handlungs-Reisenden.

Preuß. LR. Th. II Tit. 8 §. 551.

Wer mit einem solchen, der ihm als Handlungsreisender eines bestimmten Kaufmannes bekannt ist, ein kaufmännisches Geschäft abschließt, wird dem Prinzipale des Reisenden aus dem mit Letzterem errichteten Vertrage verhaftet, wenn Letzterer auch nicht ausdrücklich im Namen des Prinzipales kontrahirt haben sollte.

Was in dem (überschriftlich angeführten) §. 551 von Handlungsdienern gesagt ist, die auf Messen oder Märkte versandt sind, muß dem Zwecke des Gesetzes gemäß, bei den jetzigen Verkehrsverhältnissen auch auf solche Handlungsgehülfen bezogen werden, welche von ihren Prinzipalen beauftragt sind, umherreisend für sie Verbindungen und Einkäufe oder Verkäufe zu besorgen, so wie mit Andern die darüber abzuschließenden Verträge einzugehen . . . . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 24. Nov. 1854. Entsch. des OT. Bd. 29 S. 154 f.

11.

Verzugszinsen bei der condictio indebiti.

Preuß. LR. Th. I Tit. 16 §§. 193, 195; Tit. 7 §. 232.

Die Vorschrift im §. 195 Tit. 16 Th. I A. L. R. betrifft auch den Rechtsirrthum.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 24. Okt. 1854. Entschl. d. OT. Bd. 29 S. 75.

Gnome.

In Gegensätzen pflegt die Schule sich zu zeigen;
Dem Leben aber sind die Zwischenglieder eigen.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Ergänzungsblatt. № 4. 21. Jahrgang.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: „Ermächtigung" zur Straf-Herabsetzung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit. — **Querela non numeratae pecuniae** durch Protestation zum Hypothekenamts-Protokolle. — Immobiliarverträge nach vorderösterreichischem Rechte. — **Communicatio ad cameram**; ihr Unterbleiben eine heilbare Nullität. — Revisionszulässigkeit. Exekutionsverfahren. Streit zwischen dem Adjudikatar und einem Kaufschillings-Assignatar. — Freiwillige Unterwerfung unter **cura prodigi.** — Gemeinde-Eigenthum, zufolge der Vdng. vom 13. Februar 1805 behauptet. — Beweis über die Gemeindemitglieds-Eigenschaft. — Einrede des Verzichtes. Nöthige Begründung. — Gnome.

„Ermächtigung" zur Straf-Herabsetzung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit.

(Art. 3 des Gesetzes vom 29. Aug. 1848, die Abänderung einiger Bestimmungen d. St.GB. v. J. 1813 Th. I betr.)

Von Professor Dr. Walther.

Wenn sich aus der Hauptverhandlung vor den Geschwornen Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Angeklagte sich zur Zeit der rechtswidrigen That im Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit befunden, so wird darüber an die Geschwornen eine besondere Frage (Nebenfrage) gestellt. Dies ist feststehende und unseres Wissens bisher von keiner Seite bestrittene Praxis, die ohne Zweifel zunächst dadurch herbeigeführt wurde, daß es in Art. 3 cit. heißt: „— bei der Entscheidung der Thatfrage die Zurechnungsfähigkeit als gemindert erklärt wird." Es darf wohl auch ohne Weiteres angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit den Worten bei der „Entscheidung der Thatfrage" andeuten wollte, daß die Frage der

geminderten Zurechnungsfähigkeit nicht vom Schwurgerichtshofe, sondern von den Geschwornen zu beantworten sei. Die Motive zu dem Entwurfe eines StGB. f. d. K. B. v. J. 1854 Art. 83 sagen dies ausdrücklich, und die Fassung der Motive zu Art. 3 cit. läßt darüber auch keinen gegründeten Zweifel, indem diese letzteren geradezu auf die Jury Bezug nehmen und in deren Einführung einen besonderen Anlaß zu der fraglichen Bestimmung erblicken.

Andererseits aber kommt es vor, daß der Schwurgerichtshof auch dann, wenn die Geschwornen die auf geminderte Zurechnungsfähigkeit lautende Frage bejaht haben, nicht auf eine geringere, als die gesetzliche Strafe erkennt.

Dies letztere scheint mir nicht richtig und mit der obigen Praxis in Ansehung der Frageſtellung unvereinbar zu sein. Eine nähere Prüfung dieser Procedur dürfte auch aus dem Grunde geboten erscheinen, weil die Motive zu Art. 83 u. 84 des Entwurfes v. 1854 derselben förmlich den Stempel der Gesetzlichkeit und Korrektheit aufdrücken. „Anbelangend das Maß der außerordentlichen Strafe" — heißt es daselbst — „welches der Artikel festsetzt, so wird durch dasselbe — zumal im Hinblicke darauf, daß die ganze Fassung der beiden Artikel nur eine fakultative, keine imperative ist, — dem Richter derjenige freie Raum für die Strafausmessung gewährt, welcher bei der großen Verschiedenheit der hier in Frage kommenden Fälle unumgänglich nothwendig zu sein scheint."

Was nun die Fassung des Art. 3 des Ges. v. 29. Aug. 1848 betrifft, so spricht dieselbe allerdings für die in Uebung stehende Auslegung des angef. Art. 3; denn es heißt hier nicht: der Richter soll auf eine geringere Strafe, als die gesetzliche erkennen, wie im Art. 99 Thl. I des St.GB. v. 1813, sondern es heißt: „die Gerichte

sind ermächtiget." Der Wortlaut des Gesetzes (der gewöhnliche Sprachgebrauch) steht also freilich dieser Praxis zur Seite.

Aber gewichtige innere Gründe lassen dieselbe als unrichtig und verwerflich erscheinen.

Es giebt nur 2 Arten von Gründen, wodurch die Strafe im konkreten Falle herabgedrückt wird: Strafmilderungs- und Strafminderungsgründe. Jene sind solche, wegen deren unter die gesetzliche Strafe und zwar bei relativ unbestimmten Strafgesetzen unter das Minimum; diese, wegen deren auf oder nahe an das Minimum der relativ bestimmten Strafe herabgegangen wird. Vgl. Th. I des StGB. Art. 97 — 105 und Art. 95. Ein drittes gibt es nicht.

Zu diesem materiell strafrechtlichen Unterschiede zwischen den Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen kommt nun seit der Herrschaft des StPG. vom 10. Nov. 1848 der weitere strafprozeßrechtliche, daß über Strafmilderungsgründe an die Geschworenen eine (besondere Neben-) Frage gestellt wird, über Strafminderungsgründe dagegen nicht. Vgl. Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 178 und 176.

Es entsteht also die Frage, ob die geminderte Zurechnungsfähigkeit ein Strafmilderungs- oder ein bloßer Strafminderungsgrund sei. Sehen wir auf die in Rede stehende Prozedur, so finden wir darin beide Fragen bejaht. Denn darin, daß auf geminderte Zurechnungsfähigkeit eine Frage an die Geschworenen gestellt wird, liegt doch offenbar der Ausspruch, daß dieser Umstand ein Strafmilderungsgrund sei, indem nach Art. 176 des Ges. v. 10. Nov. 1848, wie oben bemerkt, auf einen Strafminderungsgrund an die Geschworenen keine Frage gestellt werden darf. Andererseits aber läßt sich das Nichtherabgehen unter das Strafminimum

mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen nicht anders auslegen, als daß die Praxis in der geminderten Zurechnungsfähigkeit keinen Strafmilderungs-, sondern bloß einen Strafminderungsgrund erblicke. Es liegt also in dieser Praxis ein Widerspruch: entweder darf an die Geschworenen auf geminderte Zurechnungsfähigkeit keine Frage gestellt werden und es hat die Feststellung dieses Thatumstandes, wie ja auch bei anderen Thatumständen z. B. dem Leumund des Angeklagten geschieht, durch den Gerichtshof zu geschehen, — oder aber der Gerichtshof muß, wenn eine Frage darauf gestellt und dieselbe von den Geschwornen bejaht wurde, die gesetzliche Strafe ändern resp. unter das Minimum herabgehen. Es ist absolut unzuläßig, den fraglichen Thatumstand zuvor als Strafmilderungsgrund zu behandeln und ihn dann hinterher doch wieder zu einem Strafminderungsgrund zu degradiren; es ist absolut unzuläßig, einem formell und materiell korrekten Bestandtheile des Wahrspruches in der Weise die rechtliche Wirksamkeit zu entziehen, wie dies durch die fragliche Praxis geschieht. Der Gesetzgeber theile von Anfang an die Aufgabe des Urtheilens zwischen Jury und Gerichtshof, wie er es für zweckmäßig hält; ist aber diese Theilung einmal festgestellt, dann muß es auch dabei verbleiben. Wenn an dem Wahrspruche der Geschworenen weder in formeller noch materieller Beziehung Etwas auszusetzen ist, so muß er auch in allen seinen Theilen volle, unverkümmerte Wirksamkeit haben. Dies leuchtet wohl Jedem von selbst ein, der davon ausgeht, was Organisation überhaupt mit sich bringt. Diesen in der Natur der Sache liegenden inneren Gründen gegenüber kann wohl der Ausdruck „ermächtiget" nicht genügen, um die Ignorirung des fraglichen Wahrspruchbestand-

theiles seitens des Schwurgerichtshofes zu rechtfertigen; diese Gründe sind vielmehr so gewichtig, daß sie zur Auslegung des Art. 3 des Ges. v. 29. Aug. 1848 in dem Sinne nöthigen, daß die geminderte Zurechnungsfähigkeit des Thäters als wahrer Strafmilderungsgrund zu betrachten und zu behandeln ist. Denn wenn der Gesetzgeber überhaupt zwischen Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen unterscheidet, und sich schlüßig machen muß, ob er die g. Z. zu jenen oder zu diesen zählen wolle, — so dürfte seine Wahl in der That nicht sehr schwierig sein. Die Zurechnungsfähigkeit des Handelnden ist das erste und wesentlichste Erforderniß seiner Strafbarkeit; auf dem Mangel der vollen kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit beruht auch der allenthalben anerkannte Strafmilderungsgrund der Jugend des Handelnden; insoferne der Ausdruck „geminderte Zurechnungsfähigkeit" überhaupt gebilligt werden kann, dürfte man die Jugend sogar ohne Weiteres unter ihn subsumiren. Die Gründe, wegen deren man g. Z. annimmt, z. B. Trunkenheit, haben auch mit der Jugend in strafrechtlicher Beziehung die größte Aehnlichkeit. Bei ihnen ist eine mildernde Aenderung der gesetzlichen Strafe resp. ein Heruntergehen unter das Strafminimum ebenso indicirt, wie bei der Jugend.

Wenn also der Gesetzgeber vorschreibt, daß auf Strafmilderungsgründe an die Geschworenen besondere Fragen zu stellen seien, und daß der Gerichtshof im Falle ihrer Bejahung die ordentliche Strafe ändern resp. unter das Minimum herabgehen müsse, so muß dies auch von der geminderten Zurechnungsfähigkeit gelten; und wenn, was wohl auch nicht anders sein kann, der Gesetzgeber dem Verurtheilten für den Fall das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gibt, wenn der

Gerichtshof die ordentliche Strafe des im Wahrspruche festgestellten Strafmilderungsgrundes ungeachtet nicht gemildert hat, so kann dies Rechtsmittel dem zu der ordentlichen Strafe — sei es auch zu dem Minimum — Verurtheilten nicht versagt werden, falls die Geschwornen die an sie auf g. Z. gerichtete Frage bejaht haben. Versagt man ihm dasselbe, wenn das Strafurtheil auf das Minimum lautet, so muß man es ihm konsequent auch dann versagen, wenn das Urtheil auf das Maximum lautet. Denn in dem Versagen des Rechtsmittels für den Fall des Strafminimum liegt der Ausspruch, daß die g. Z. bloß ein Strafminderungsgrund sei, und „aus der Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Schranken (wozu auch das Maximum gehört) kann kein Nichtigkeitsgrund entnommen werden", Ges. v. 10. Nov. 1848 Art. 232 Abs. 3.

Auch spricht für unsere Auslegung des angef. Art. 3 noch der Umstand, daß dieser Art. an die Stelle des aufgehobenen Art. 106 Thl. I des StGB. v. 1813, welchen die Praxis bekanntlich in den Fällen der geminderten Zurechnungsfähigkeit in Anwendung brachte, getreten ist, und daß es in diesem Art. 106 hieß: „Dann soll .... eine geringere Strafe als die gesetzliche in Anwendung gebracht werden." Ebenso spricht dafür die ausdrückliche Hinweisung in Art. 3 auf den Art. 99 Thl. I. des StGB.; und wie wenig man bei der Aufstellung des Art 3 die g. Z. strenger behandeln wollte, als die Jugend, ergibt sich auch daraus, daß die in jener Hinweisung enthaltene Beschränkung der Strafmilderung von mehreren Mitgliedern der ständischen Gesetzgebungsausschüsse, aus deren Berathungen das Ges. v. 29. Aug. 1848 hervorgegangen, gestrichen werden wollte, indem der bei g. Z. Handelnde, wie man sagte, häufig weniger strafbar sei, als ein jugend-

licher Verbrecher. Nach allen diesen Gründen braucht endlich wohl nur noch an die Rechtsregel erinnert zu werden: in criminalibus causis semper benignius interpretandum est, um jeden etwa noch übrigen Zweifel zu heben, ob hier die logische oder die grammatische Interpretation den Vorzug verdiene. [1])

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Querela non numeratae pecuniae durch Protestation zum Hypothekenamts-Protokolle.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Es kann sich nur mehr fragen, ob eine vor dem Hypothekenamte zu Protokoll gegebene Protestation genüge, um die Wirkung des damals noch nicht zwei Jahre alten Schuldbekenntnisses zu paralysiren und den Inhaber desselben zu nöthigen, den Grund seines Anspruches auf andere Weise gehörig zu erproben.

Diese Frage muß gegen die in dem angefochtenen Erkenntnisse niedergelegte Ansicht der Vorinstanz bejaht werden.

Nach der Intention der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen ist nämlich die bestimmte Form, in welcher der Aussteller des Schuld-Scheines seine Protestation dagegen vorzubringen hat, von unter-

---

[1]) Vgl. OAGE. v. 30. Dez. 1852 (Sitzungsberichte 1852 Bd. IV S. 453): „. . der Schwurgerichtshof war doch nicht berechtigt, den fraglichen Beisatz („jedoch bei geminderter Zurechnungsfähigkeit") als gar nicht vorhanden zu betrachten . . .". Vgl. ebd. Bd. V. S. 129 in der Note.

geordneter Bedeutung, wenn nur der Einspruch selbst, die Erklärung, daß das Geld, nicht wie der Schein besage, ausbezahlt worden sei, innerhalb der gesetzlichen Frist zweifellos erfolgt, und der Inhaber des Scheines zur sonstigen Wahrung seines Interesses und Benützung anderweitiger Beweisbehelfe davon gehörig in Kenntniß gesetzt worden ist.

Die Kläger haben von jener gerichtlichen Protestation, die ohnehin auch in's Hypothekenbuch eingetragen worden, sofort Kenntniß erlangt, so daß sie nicht gehindert waren, sich nunmehr um anderweitige Beweise für ihre Forderung umzusehen, und diese geeignet zur Geltung zu bringen.

Unter so bewandten Umständen erscheint die Annahme, daß die beklagte Wittwe W. sich die ihr vom Gesetze eingeräumte exceptio non numeratae pecuniae gehörig gewahrt habe, die Kläger daher verpflichet seien, die von ihnen behauptete Numeration durch andere genügende Beweismittel zu erproben, vollkommen gerechtfertigt. . . . .

OAGE. v. 19. Mai 1855 in Sachen der Löb-Landauer'schen Relikten g. Eheleute Fernsemer.

Fl.

2.

Immobiliarverträge nach vorderösterreichischem Rechte.

Es war auf Erfüllung eines Kaufvertrages über Immobilien, in einem vormals vorderösterreichischen Gebietstheile gelegen, geklagt worden. Die Verklagten wurden oberstrichterlich von der Klage entbunden. Gründe:

Wo die gerichtliche Protokollirung eines Vertrages gesetzlich zu den wesentlichen Erfordernissen seines Rechtsbestandes gehört, da kann selbstverständlich von einer vollkommenen d. h. klagbaren

Obligation in so lange nicht die Rede sein, als nicht jene Formalität erfüllt ist.

Nun hat das nach dem Anerkenntnisse beider Streitstheile hier seine Geltung findende — vorderösterreichische Recht, oder das k. Hof-Dekret vom 13. Dezbr. 1790 verordnet.

„Volljährige Unterthanen sollen zwar ihre auf „das Eigenthum des Grund und Bodens, „und die darauf zu radizirenden Pfand-Rechte „sich beziehenden Kontrakte, wenn sie davon „die volle Rechtskraft genießen wollen, in „das Gerichtsprotokoll eintragen lassen, alle „übrigen Kontrakte aber sollen davon befreit „sein, und der Willkür der Kontrahenten, so „weit sie die unbeschränkte Verwaltung ihres „Vermögens haben, vorbehalten bleiben."

Nach dieser sehr deutlichen positiven Gesetzesvorschrift leidet es durchaus keinen Zweifel, daß jeder Vertrag über liegende Gründe seine rechtlich verbindende Kraft erst mit der vollendeten Thatsache der gerichtlichen Protokollirung erlange, woraus sich denn von selbst ergibt, daß aus einem solchen Vertrage, bevor er dem gerichtlichen Protokolle einverleibt ist, den Kontrahenten schlechterdings kein Klagerecht erwachsen könne. Daß der hier in Frage stehende Kaufvertrag, die in der Klage benannten Realitäten betreffend, niemals gerichtlich protokollirt worden sei, konnte Kläger nicht in Abrede stellen. Derselbe ist indessen der Meinung — und die beiden Vorinstanzen pflichten dem bei, — daß der Mangel der gerichtlichen Verbriefung den Vertrag nicht ungiltig mache, weil es das Gesetz nicht ausspreche, und daß daher die Klage auf Ergänzung jenes Mangels nicht ausgeschlossen sei. Diese Ansicht widerstrebt dem klaren Gesetze. Jedes Rechtsgeschäft ist ungiltig, wenn es demselben an einem wesentlichen Erfordernisse seiner Entstehung gebricht.

Dieser Satz bedarf keines Beweises. Hat das Gesetz, und dieses ist hier der Fall, den Rechtsbestand eines Vertrages von der Erfüllung einer gewissen Formalität, hier der Eintragung in das Gerichtsprotokoll, mit abhängig gemacht, so ist der Vertrag, wenn die vorgeschriebene Form nicht beobachtet wurde, eben so nichtig, als er es im Falle der mangelnden Einwilligung oder der fehlenden persönlichen Befähigung zu einem Rechtsgeschäfte ist.

C. 5 de leg. et const. (1, 14) C. 17 de fide instrum. (4, 21). Savigny System Bd. IV S. 549.

Die Nichtigkeit des Vertrages braucht nicht erst vom Gesetze ausgesprochen zu werden, sie ist die sich von selbst verstehende Folge des Mangels irgend einer zur Existenz desselben nothwendigen Bedingung.

Es ist demnach widersinnig, die Nothwendigkeit der gerichtlichen Vertrags-Protokollirung als eines Essentiale der Vertragsgültigkeit anzuerkennen, und dennoch die Klage auf deren Verwirklichung für zulässig anzunehmen. So lange der Vertrag über ein Immobile nicht gerichtlich beurkundet ist, hat er seine Perfektion nicht erlangt, und gibt demzufolge auch kein Klagerecht.

OAGE. v. 6. Sept. 1855 in S. Simon und Heinrich Steiner w. Erasmus Schuler.

Fl.

3.

Communicatio ad cameram; ihr Unterbleiben eine heilbare Nullität.

Der Besitzer eines lehenbaren Rittergutes hatte im März 1848 mit seinen Grundholden einen Vertrag abgeschlossen, den er später wieder mit einer Rezissionsklage als abgedrungen durch Furcht und

Zwang anfocht. Diese Klage wurde nach gepflogener Verhandlung in I. Instanz abgewiesen, ohne nach Vorschrift der GO. Kap. XIV §. 1, die Finanzkammer wegen Betheiligung des Lehenherrn mit ihrer Erinnerung vernommen zu haben. Als auf ergriffene Berufung des Gutsherrn das k. Appell. Gericht die Nachholung jener Erinnerung verordnete und deßhalb die Akten der Kreisregierung zur Einsicht mittheilte, erhob der k. Fiskus eine Nullitätsklage gegen das Urtheil der I. Instanz wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten, dieselbe wurde jedoch in zwei Instanzen abgewiesen. Der oberste Gerichtshof bemerkte hiezu in seinen Gründen:

Die in der GO. K. XIV §. 4 angedrohte Nullität auf den Fall, wenn die vorschriftsmäßige Mittheilung an die Finanzstelle unterblieb, wird mit Recht von einer gleichförmigen Jurisprudenz als eine heilbare und durch Nachholung der Beseitigung fähige betrachtet, weil die landesfürstliche Kammer, anstatt dadurch als Hauptpartei berufen zu sein, dem Vasallen nur Beistand leisten und das landesherrliche Interesse durch ihre Erinnerung wahren soll, ihre eigenen Rechte in einem solchen Prozesse zwischen Dritten ohne ihr Gehör ohnedies nicht benachtheiligt werden, und weil der Adcitat und accessorische Intervenient nach GO. K. VIII §. 4 Nr. 3 u. 5 die Sache jederzeit in dem Stande annehmen müssen, in welchen sie sich bereits vorgerückt befindet; weil nach Nr. 7 u. 8 derselben Stelle, wenn hierin Etwas ausser Acht gelassen ist, dem Dritten die Anstellung einer besonderen Klage noch immer unbenommen bleibt, alle unterstützenden Behelfe des k. Fiskus auch in II. Instanz noch gleich gut ihre Würdigung finden konnten und mußten, und die ihm dadurch entgangene erste Instanz wieder reichlich dadurch ersetzt ist, daß dessen Revision zur dritten Instanz diesseits angenommen

wurde, während doch nach dem Schlußsatze des angeführten §. 4 K. XIV d. GO. in Revisorio eine neue Communicatio ad Cameram nicht vonnöthen ist, mithin das damit beabsichtigte Gehör immerhin in einem engeren Umkreise eingeschlossen sein sollte.

OAGE. v. 18. März 1856 Nr. $41^{53}/_{54}$.

****

4.

Revisionszulässigkeit. Exekutionsverfahren. Streit zwischen dem Adjudikatar und einem Kaufschillings-Assignatar.

In der Klagsache A. wider B. kam es zur Zwangsversteigerung. Das vergantete Gut wurde dem C. adjudizirt, und D., ein anderer Gläubiger des B., auf einen Theil des Kaufschillings angewiesen. Wegen Nichtbezahlung der angewiesenen Summe beantragte nun D. gegen C. nochmalige Versteigerung zufolge §. 105 der Novelle von 1837. Das Untergericht erließ eine dem gestellten Antrage entsprechende Verfügung, und inhärirte darauf gegen die Remonstration des C. Auf Appellation desselben bestätigte das Obergericht. Nun der Revision sich bedienend, suchte C. die Zulässigkeit des Rechtsmittels durch den Umstand zu rechtfertigen, daß gegenwärtige zwischen ihm und D. gepflogene Verhandlung als Bestandtheil des in der Sache A. wider B. eingeleiteten Exekutionsverfahrens nicht betrachtet werden könne. Diese Deduktion hatte keinen Erfolg. Gründe:

Erst durch die gänzliche Bereinigung des Kaufpreises erhält die eingeleitete Hülfsvollstreckung ihre Erledigung; bis dahin bleibt die Sache in der Exekutionsinstanz. Die erstrichterlichen Verfügungen waren auf Eintreibung des (in der Sache A. wider B.) noch ausstehenden Kaufpreises gerichtet, und sind daher im Stadium der Exekution erlassen worden.

Demzufolge findet die Vorschrift, nach welcher im Exekutionsverfahren bei gleichförmigen Erkenntnissen der I. und II. Instanz keine Berufung an die III. Instanz stattfindet, hier allerdings Anwendung.

OAGE. v. 7. Juni 1853. Nr. $817^{51}/_{52}$.

5.

Freiwillige Unterwerfung unter cura prodigi.

Es kommt vor, daß schlechte Wirthschafter sich freiwillig, d. h. ohne Einleitung des Interdiktionsverfahrens und Dazwischenkunft eines die Prodigalität konstatirenden richterlichen Dekretes, durch Erklärung bei Gericht unter die Kuratel eines Anderen begeben, und hierüber auch ein öffentliches Ausschreiben erlassen wird. Wenn nun später über Handlungen des Privatkurators Differenzen mit dem Kuranden entstehen, so kann dieser nicht beantragen, daß zur Aufrechthaltung der Geschäftsgränzen des Kurators von Seite der Obervormundschaftsbehörde (extra viam et ordinem processus) eingeschritten werde, indem ein Fall obervormundschaftlicher Obhut nicht gegeben ist. Vielmehr erscheint das Verhältniß zwischen Kurator und Kurand lediglich als ein vertragsmäßiges, und das Gericht, als solches, ist zur Schlichtung der entstandenen Differenzen anzugehen, wobei die Art des einzuleitenden Verfahrens von den Umständen des einzelnen Falles abhängt. Im Sinne dieser Sätze hat der oberste Gerichtshof in der (nach preuß. R. zu beurtheilenden) Sache Nr. $536^{53}/_{54}$ am 31. März 1854 erkannt.

6.

Gemeinde=Eigenthum, zufolge der Vdng. vom 13. Februar 1805 [1]) behauptet.

In einer Streitsache zwischen den Kleingütlern und den Großbegüterten zu Reding handelte es sich davon, ob die dortigen Inn=Auen Gemeinde=Eigenthum, oder Privateigenthum der beklagten Großbegüterten seien. Die klagenden Kleingütler beriefen sich für die Annahme des Gemeinde=Eigenthums unter Anderem auf die Verordnung vom 13. Feb. 1805 [1]). Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung.

Die Bezugnahme auf die Vdg. v. 13. Feb. 1805 ist unbehelflich; denn in derselben ist keineswegs der Grundsatz in unbeschränkter Allgemeinheit ausgesprochen, daß in allen Fällen die gesetzliche Vermuthung für das Dasein eines Gemeinde=Eigenthums in so lange Platz greife, bis von einem Dritten ein spezieller Titel des Eigenthums=Erwerbes dargethan sei. Es ist vielmehr daselbst die Voraussetzung unterstellt, daß die einzelnen Besitzer an den unvertheilten Gründen wirklich Genußrechte haben und ausüben. Daß die Kläger und ihre Vorfahren Genußrechte (an den fraglichen Inn=Auen) ausgeübt haben, ist nicht zugestanden und nicht dargethan; die Absicht, welche der Klagestellung zu Grunde liegt, ist vielmehr darauf gerichtet, die Auen erst für Gemeinde=Eigenthum erkennen zu lassen, damit sodann an derselben Genußrechte, welche sie noch nicht haben, geltend gemacht werden können.

OAGE. v. 19. Nov. 1855. Nr. 1211 53/54.

---

[1]) Churbaierisches Reg. Bl. 1805 S. 27.

7.

Beweis über die Gemeindemitglieds-Eigenschaft.

Vgl. Bd. 8 S. 236.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Das k. AGericht hat den Klägern den Beweis aufgetragen, daß sie wirkliche Mitglieder der Ortsgemeinde R. seien. Mit Recht beschwerten sich die Revidenten über diese Beweisauflage; denn in der an die zweite Instanz gebrachten Berufung haben die Beklagten zugegeben: daß die Kläger zu KR. ansäßig und verheirathet sind, daß sie daselbst ihren ständigen Wohnsitz haben, häusliche Anwesen und besteuerte Gründe besitzen. Hiedurch ist die Eigenschaft der Kläger als wirkliche Gemeindeglieder thatsächlich anerkannt; es ist daher eine Beweisführung hierüber nicht mehr nöthig.

OAGE. v. 19. Nov. 1855. Nr. $1211^{53}/_{54}$.

8.

Einrede des Verzichtes. Nöthige Begründung.

Hierüber äußern sich oberstrichterliche Entscheidungsgründe, wie folgt:

Das k. AGericht hat die Beklagten zu der Beweisführung zugelassen, daß die Kläger auf Antheilnahme an irgend welchen Rechten an den streitigen Gründen bereits ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet haben. Diese Beweisauflage ist in keiner Weise zu rechtfertigen. War der Verzicht ein ausdrücklicher d. i. durch eine bestimmte Aeußerung kundgegebener, so war nicht nur die Angabe der Person, welche den Verzicht erklärt haben soll, sondern auch die Angabe des besonderen Rechtes,

welches durch die Verzichtserklärung aufgegeben worden sein soll, nothwendig; denn ohne diese Angabe läßt sich der Umfang und die rechtliche Wirksamkeit einer Verzichtleistung nicht beurtheilen. Eine stillschweigende Verzichtleistung aber kann nur aus konkludenten Thatsachen gefolgert werden, faktische Verzichte wie überhaupt stillschweigende Willenserklärungen, durch welche begründeten Rechten präjudizirt werden soll, können nur aus solchen Handlungen geschlossen werden, welche gar keine andere Deutungen zulassen. Diese Thatsachen müssen aber schon in den ersten Verhandlungen angegeben werden, nicht nur damit dem Gegentheile Veranlassung verschafft wird, sich gegen die aus jenen Thatsachen gezogenen Schlußfolgerungen zu vertheidigen, sondern auch damit der Richter in den Stand gesetzt wird, die Bündigkeit der Schlußfolgerung zu prüfen, und die relevanten Thatsachen zum Beweise auszusetzen; denn es widerspricht den Regeln der Beweistheorie, einen bloßen Rechtsbegriff, für welchen ein stillschweigender Verzicht zu halten ist, zum Beweise aufzutragen, und erst in dem Beweis-Verfahren die Verhandlungen über die Relevanz jener Thatsachen, aus welchen die Verklagten einen Verzicht folgern zu können glauben, zu eröffnen und zuzulassen . . . .

OAGE. v. 19. Nov. 1855. Nr. $1211^{53}/_{54}$.

Anzeige.

Die für unsere Zeitschrift eingesandten Beiträge: 1) über Geltung der bayerischen Bergwerksordnung im Würzburgischen, 2) über Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs, 3) über „vollständige Bezahlung" in §. 64 Abs. 3 des Hyp. Ges., 4) über die Hypothekenzinsklage gegen den dritten Besitzer — sind zum Abdrucke im heurigen Jahrgang bestimmt.

Berichtigung. S. 112 Z. 17 statt „1791" lies „1794".

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Ergänzungsblatt. № 5. 21. Jahrgang.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit. — Ueber den Einfluß strafrichterlicher Urtheile auf den Civilprozeß, bezüglich der privatrechtlichen Folgen. — Bezugnahme auf Ortsrechte. Nöthige Begründung. — Herkommen als Uebung eines Rechts (im subjektiven Sinne.) — Erbeinsetzung des N. „respektive der Familie desselben". — Verzicht auf Adhäsion durch ein nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereichtes Gesuch um Verlängerung der Beweisfrist. — Prozeßführende Klöster. Kuratelkonsens. — Ein Kloster eidespflichtig. Wer hat zu schwören? — **Actio negatoria.** Beweislast, wenn Erhöhung einer früher bestandenen Servitut in Frage ist.

Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen. Jugend und geminderte Zurechnungsfähigkeit.

(Nachtrag zu Nr. 12 S. 177 f.)

Eine Erörterung des überschriftlich bezeichneten Gegenstandes, aus der Feder des Hrn. Oberstaatsanwaltes (nunmehrigen Appellationsgerichts-Direktors) Dr. Barth findet sich in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. II S. 121 f. Dieselbe ist unter der Ueberschrift „Beiträge zur Fragestellung in Brandstiftungsfällen" mitgetheilt, und blieb in Folge dieses Umstandes bei Abfassung des Artikels in Nr. 12 außer Beachtung. Zur Aufrechthaltung der in diesem bekannten Ansicht sei uns vergönnt, der Ausführung in der „Zeitschrift" folgende Erwägungen gegenüberzustellen.

1) Der Art. 3 des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 bestimmt keineswegs, die Strafminderung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit dürfe nie das im Art. 99 Th. I des StGB. bestimmte niedrigste

Strafmaß überschreiten. Vielmehr ist die Zulässigkeit der Herabsetzung unter das im ebenerwähnten Art. 99 bestimmte niedrigste Strafmaß nicht mit dem nachdrucksvollen ausschließenden „Nie", sondern nur mit dem einfachen „Nicht" verneint, und zwar lediglich unter der Voraussetzung, daß Trübung des Bewußtseins der Strafbarkeit aus einer der in Art. 3 vorbezeichneten Ursachen festgestellt sei; indem der Art. 3 die verschiedenen Ursachen disjunktiv (mit „oder") anführt. Den Fall des Zusammentreffens mehrerer dieser Ursachen hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen, und sich darüber, ob auch im Falle solchen Zusammentreffens die fragliche Gränze der Herabsetzung gelten solle, gar nicht ausgesprochen. Weder eine genaue Analyse des Buchstabens, noch die Benützung der Hülfsmittel der logischen Auslegung rechtfertigt die Annahme, daß eine Willensäußerung des Gesetzgebers für die Bejahung dieser Frage vorliege. Somit wird der Satz:

> „das Zusammentreffen mehrerer Gründe der geminderten Zurechnungsfähigkeit bildet einen Thatumstand, welcher bloß auf Ausmessung der Strafe innerhalb des höchsten und niedrigsten Strafmaßes Einfluß hat"

durch den Inhalt des Art. 3 nicht begründet. — Müßte man aber auch diesen Satz für das Zusammentreffen mehrerer der in Art. 3 bezeichneten Ursachen gelten lassen; so würde daraus nicht das Geringste für das Zusammentreffen einer dieser Ursachen mit der Minderung der Zurechnungsfähigkeit durch jugendliches Alter zu folgern sein. Eben indem der Gesetzgeber diesen besonderen Fall, obwohl er ihm zufolge der Hinweisung auf Art. 99 vorschwebte, den im Art. 3 bezeichneten nicht beifügte, gab er einen Haltpunkt für die gesonderte Behandlung desselben, für die Annahme eines dem Strafermäßi-

gungsgrunde jugendlichen Alters zukommenden selbstständigen Einflusses.

2) Der Strafrahmen des Art. 99 ist nur für den Einfluß des jugendlichen Alters, nicht auch für den konkurrirenden Einfluß anderer Straf-Herabsetzungsgründe gezogen. Wenn es im Art. 100 heißt:

> „Bei Ausmessung der Art. 98 Nr. II und Art. 99 bestimmten Strafen ist besonders Rücksicht zu nehmen auf die Beschaffenheit der Uebertretung selbst, und auf das mehr oder weniger vorgerückte Alter des Uebertreters, so wie auf dessen Gemüthsbeschaffenheit, den Grad seiner Bildung und der von ihm geäußerten gefährlichen Neigungen",

so sind hier nur solche Umstände zur Beachtung vorgezeichnet, welche die Eigenschaft einer Ursache geminderter Zurechnungsfähigkeit nicht an sich tragen. Das Wort „besonders" deutet nur an, daß auf die zunächst erwähnte „Beschaffenheit der Uebertretung" vorzugsweise Rücksicht zu nehmen sei. Könnte man aber auch darin den Vorbehalt der Rücksichtnahme auf andere nicht erwähnte Umstände finden, so müßten es gleichartige sein, d. h. solche, welche nicht eine andere besondere Ursache geminderter Zurechnungsfähigkeit enthalten.

Die betreffenden Anmerkungen z. StGB. sagen in Bd. I S. 242 Nr. 4:

> „die Strafe wird innerhalb der gesetzlichen Grade nach dem mehr oder minder vorgerückten Alter des Uebertreters, nach seiner Bildung u. s. w. (Art. 100) abgemessen".

Das „u. s. w." ist nur als Hinweisung auf alle die im Art. 100 aufgeführten Umstände, nicht aber auf andere (d. h. vom jugendlichen Alter verschiedene) Ursachen geminderter Zurechnungsfähigkeit aufzufassen. — Wie lautet wohl

die Auslegungsregel, nach welcher es statthaft sein soll, solchen unbestimmten Worten (besonders, u. s. w.) eine dem Zusammenhang nicht ent=, sondern widersprechende, die Lage des Schuldigen verschlimmernde Tragweite beizumessen?

3) Vor dem 29. Aug. 1848 konnte einem jungen Menschen, welcher das 12. aber noch nicht das 16. Lebensjahr zurückgelegt hatte, wenn mit dem jugendlichen Alter noch andere Gründe für die Minderung der Zurechnungsfähigkeit gegeben waren, im Hinblicke auf die Anmerkungen Bd. I S. 300 und Art. 106 allerdings eine unter das Maaß des Art. 99 herabgehende Strafe zuerkannt werden. Die Art. 152 und 185, auf welche (und den Art. 106) die Anmerkungen a. a. O. Bezug nehmen, gestatten das Herabgehen von zeitlich unbestimmter auf das Minimum zeitlich bestimmter Zuchthausstrafe, beziehungsweise Herabgehen auf die Hälfte des Minimums der ordentlichen Strafe, und damit großentheils ein Herabsteigen in eine niedrigere Strafgattung. Wenn nun z. B. wegen unverschuldeten Rausches dieses Herabsteigen in eine niedrigere Strafgattung gerechtfertigt war, und nebstdem der Strafmilderungsgrund jugendlichen Alters obwaltete, so war auch nach dem älteren Rechte doppelte Herabsetzung allerdings statthaft.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber den Einfluß strafrichterlicher Urtheile auf den Civilprozeß, bezüglich der privatrechtlichen Folgen.

Die Frage:

„welche Wirkung die Civilgerichte rechtskräftigen Urtheilen der Strafgerichte auf die Ent=

„scheidung der daraus abgeleitet werdenden „privatrechtlichen Ansprüche auf Entschädigung „oder auf Befreiung davon nach dem heuti„gen Standpunkte der bayerischen Gesetzge„bung einzuräumen haben?

hat neuster Zeit in diesen Blättern mit Rücksicht auf hierher bezügliche Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes sehr verschiedene Beurtheilung und Beantwortung erfahren.

Es wird nämlich den strafrichterlichen Urtheilen bald

1) auf dem Grunde des nicht aufgehobenen Art. 9 Th. II des StGB. vom Jahre 1813 und unter Ergänzung desselben mit dem Schlußsatze des aufgehobenen Art. 8 eine durch die Art der Beweismittel bedingte Berücksichtigung verstattet [1]); bald

2) in Folge der durch Art. 205 des StPr. Ges. vom 10. Nov. 1848 eingetretenen Aufhebung der früher bestandenen Zuständigkeit der Kriminalgerichte für den Civilpunkt und wegen der deshalb wegfallenden Konnexität des Gerichtsstandes gar kein Einfluß mehr beigemessen [2]); bald

3) nach dem Ergebniß tiefen Eindringens in den Geist und Zusammenhang der bestehenden Gesetze und im Anbetrachte der mit der vorstehenden gegentheiligen Ansicht sich verbindenden Uebelstände unbedingte Geltung zu vindiziren versucht [3]).

In einem unterm 23. Febr. 1856 vom obersten Gerichtshofe erlassenen Erkenntnisse „OAG. Reg. Nr. $895^{53}/_{54}$" wurde, diesen divergirenden Ansichten gegenüber, angenommen, daß sich zur Beantwortung obiger Frage kein durchgreifender Grund-

---

[1]) Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 183.
[2]) Ebd. Bd. XIX S. 363.
[3]) Ebd. Bd. XX S. 113 f. Vgl. Bd. XXI S. 74.

satz aufstellen lasse, daß vielmehr für jeden einzelnen Fall dessen besondere Eigenthümlichkeiten Maaß zu geben habe; es wurde demzufolge einem strafrichterlichen Urtheile auf Freisprechung in einem darauf folgenden Civilprozesse gar keine Wirkung beigelegt.

Nach Verweisung einer Untersuchung wegen Körperverletzung durch einen Schuß, welchen W., hinter seiner Scheunenthüre stehend, auf den ihn bedrohenden und verfolgenden B. in dem Momente, als sich dieser, um Steine zur Fortsetzung des Angriffes zu sammeln, auf 8 bis 10 Schritte zurück gezogen hatte, abfeuerte und wodurch B. von rückwärts so schwer verletzt wurde, daß er sich nicht nur einer Kur von vielen Monaten unterwerfen mußte, sondern auch in Verrichtung seiner Berufsarbeiten auf Lebenszeit beschränkt wurde, war der Beschuldigte W. vom Kriminalgerichte I. Instanz — der vorgeschützten Nothwehr ohngeachtet — wegen Verbrechens der Körperverletzung II. Grades — verübt ohne Ueberlegung und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zornes — zur Strafe des Arbeitshauses auf drei Jahre verurtheilt, auf dagegen ergriffene Berufung aber vom Kriminalgerichte II. Instanz wegen Nothwehr von der Strafe aus folgenden Gründen freigesprochen worden.

„Feste Ueberzeugung liegt vor, daß W. am 13. Sept. 1848 bei dem Abfeuern eines Gewehres auf B. im Zustande der Nothwehr sich befunden habe. Hiefür spricht schon, daß bei der Augenscheinseinnahme an dem Stadelthürchen drei Merkmale von Würfen oder Schlägen durch Steine, auch Spuren von Stößen mit einem eisernen Instrumente sich zeigten, und daß das Stadelthürchen zur Hälfte auseinandergesprengt getroffen wurde. Ob B. als der Schuß fiel, dem Stadelthürchen zu- oder abgewendet war, ist von besonderer Er-

heblichkeit deshalb nicht, weil derselbe, als der Schuß ihn traf, nur einige Schritte davon entfernt war, somit W. die Gefahr noch nicht als ganz beseitigt erachten konnte. W. wird nach den Aussagen von Zeugen durch Angst und Schrecken im Gebrauche seiner Geisteskräfte beschränkt, selbst verwirrt. Es ergibt sich somit aus der Persönlichkeit des Beschuldigten — um so mehr als bereits früher von der Familie des B. vielmals gefährliche Angriffe gegen ihn stattfanden — daß er nur aus Ueberraschung, übermäßiger Furcht, in gestörter Besonnenheit das Maaß erlaubter Vertheidigung überschritten hat. Diese unverschuldete Unbedachtsamkeit darf ihm zu keiner Strafe gereichen, es muß daher Freisprechung wegen Nothwehr erfolgen".

Nachdem dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, betrat Beschädigter den Rechtsweg und ließ auf eine sehr bedeutende Summe von Kur- und Verpflegskosten, Schmerzengeld und Entschädigung für Verdienstentgang Klage erheben. Der Beklagte berief sich vor Allem auf seine Freisprechung im Strafprozesse, beanspruchte volle rechtliche Wirksamkeit dieses Ausspruches auch vor dem Civilgerichte, verweigerte wegen vorliegender res judicata die Einlassung und erneuerte eventuell auch hier die Einrede der Nothwehr mit der Bitte um Klagsentbindung.

In beiden Vorinstanzen wurde — unter Verwerfung der Einreden auf Einlassung erkannt und Kläger zum Beweise der Größe der eingeklagten Kosten und Schäden gelassen. Diese Erkenntnisse erlangten auf Revision des Beklagten oberstrichterliche Bestätigung, deren Gründe, so weit sie sich auf obige Frage beziehen, dahin lauten:

„Wenn gleich — einer Seits der Art. 9 Th. II d. StGB. vom Jahre 1813 durch den Art. 368 d. StPrG. vom 10. Nov. 1848 nicht aufgehoben,

anderer Seits durch Art. 205 des letztern Gesetzes der Entschädigungs-Anspruch des Beschädigten der Entscheidung des zuständigen Civilrichters vorbehalten wurde, so folgt doch weder aus dem Fortbestehen der gesetzlichen Kraft des Art. 9, daß die Civilgerichte an die Aussprüche der Strafgerichte unbedingt gebunden seien, noch aus der Bestimmung des Art. 205, daß Letztere von den Erstern gar nicht zu beachten sein sollen. Bei der Fassung des Art. 205 erscheint die Absicht des Gesetzgebers darauf beschränkt, die früher zulässig gewesene Erstreckung strafrechtlicher Untersuchung und Entscheidung auf privatrechtliche Ansprüche abzustellen. Es wollte jedoch die Befugniß des Civilrichters bei der ihm zugewiesenen Entscheidung strafrichterliche Erkenntnisse zu berücksichtigen und denselben auch im Civilverfahren Beweiskraft beizulegen, nicht ausgeschlossen werden. Der — eben deshalb nicht aufgehobene — jedoch an und für sich unvollständige und unverständliche Art. 9 kann dagegen nur durch angemessene Ergänzung aus dem seinem Eingange korrespondirenden Schlußsatze des Art. 8 wirksam, daher nur unter der Voraussetzung anwendbar erachtet werden, daß das strafrichterliche Erkenntniß, dessen Präjudizialität für den Civilpunkt er verordnet, auf solche Beweise gegründet ist, welche auch im Civilprozesse zulässig sind. Diese Beschränkung hatte schon früher in jedem einzelnen Falle eine Prüfung der dem Strafurtheile unterstellten Gründe von Seite des Civilgerichtes erforderlich gemacht, und es wurde solche seit dem Erscheinen des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, wenn überhaupt noch möglich, um so unerläßlicher, als dieses jede Beweistheorie im Strafverfahren aufgehoben und die Spruchfällung der subjektiven Ueberzeugung des Strafrichters anheimgegeben hat, so daß nur mehr in seltenen Fällen zur Gewißheit darüber gelangt wer-

den kann, welche Beweismittel der strafrichterlichen Entscheidung das Uebergewicht verschafft haben.

Der vorliegende Fall gehört zu einer solchen Ausnahme nicht. Wohl konnte die Kombination der in den Motiven des vorliegenden strafrichterlichen Erkenntnisses angeführten Beweismittel in Verbindung mit den persönlichen Eindrücken der öffentlichen Verhandlung zu der subjektiven Ueberzeugung führen, daß die Unbedachtsamkeit, mit welcher vom Beschuldigten das Maaß erlaubter Vertheidigung überschritten worden, das zur Verhängung einer Kriminalstrafe erforderliche Verschulden ausschließe. Abgesehen jedoch davon, daß fragliche Beweismittel nicht unter Beobachtung der im Civilverfahren erforderlichen Förmlichkeiten erhoben wurden, läßt sich weder ermitteln, welche derselben bei der strafrichterlichen Berathung und Schlußfassung den Ausschlag gegeben haben, noch erscheinen dieselben in den Motiven des Strafurtheiles so vollständig vorgetragen, um den Mangel irgend eines Grades von Verschulden des Beklagten auch unter dem Gesichtspunkte des zur Anwendung kommenden gemeinen Civilrechtes zu erkennen und sofort als hinreichend konstatirt anzunehmen.

Hiernach geht es nicht an, die Tragweite des vorliegenden Strafurtheiles den privatrechtlichen Ansprüchen des Beschädigten gegenüber, der Beurtheilung des Civilgerichtes zu entziehen. Es muß ihm vielmehr, bei einem freisprechenden strafrichterlichen Urtheile noch im weiteren Umfange als bei einem verurtheilenden — die freie Prüfung gewahrt bleiben, und kann daher keine Rede davon sein, die Klage schon deshalb abzuweisen, weil Beklagter von der Strafe freigesprochen worden ist".

. . . ra . .

NS. Vgl. oben S. 74 und das Präjudiziengesetz v. 1837. S.

2.

Bezugnahme auf Ortsrechte. Nöthige Begründung.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Wenn die Beklagten ihr vermeintliches Recht, die Kläger von der Benützung des Gemeinde-Eigenthums auszuschließen, auf ein bestehendes partikulares Ortsrecht gründen zu können glauben, so mußten dieselben sowohl in Beziehung auf die Existenz als auf den Inhalt eines solchen Ortsrechtes wenigstens so viel angeben, daß der Richter in den Stand gesetzt werde, zu beurtheilen, ob eine solche Rechtsnorm vorhanden sei, welche als gültige Rechtsquelle zur Entscheidung das zwischen den Kleinbegüterten und den Großbegüterten (s. oben S. 478) streitig gewordenen Rechtsverhältnisses benützt und angewendet werden könne. Daß von einer gesetzgebenden Gewalt ein Statut erlassen worden sei, welches die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen enthalte, wurde nicht behauptet; eben so wenig wurde angeführt, welches die gesetzlichen Vorschriften seien, durch welche, abweichend von dem im §. 19 Nr. 3 des Gemeinde-Ediktes aufgestellten Grundsatze, daß jedes Gemeindeglied von der Zeit seines Eintrittes gleiche Gemeinderechte besitze statuirt worden sei, daß die Mitbenützung der unvertheilten Gemeindegründe von Seite einzelner Gemeindeglieder von dem Besitze besonders ausgeschiedener bäuerlicher Anwesen abhängig gemacht sei. Die Kläger haben aber auch unterlassen, anzugeben, ob eine gültige Rechtsnorm für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage sich auf eine andere Weise, durch Gewohnheit oder Herkommen, gebildet habe. Nach der Bestimmung der GO. Kap. IX §. 3 Nr. 2 müssen Partiku-

larstatuten d. i. statutarische Gesetze von Stadt- und Landgemeinden, von Korporationen und Genossenschaften, so wie Gewohnheiten, wenn sie nicht öffentlich kundbar sind, dargethan werden. Wird sich also von einer Partei auf das Dasein eines partikularen Ortsrechtes berufen, so ist dieselbe verbunden, wie in anderen Fällen des ihr obliegenden Beweises von Thatsachen, diejenigen Momente anzuführen, aus welchen der Richter die Relevanz des Statuts oder Herkommens für die ihm zur Prüfung und Entscheidung vorliegende Rechtssache beurtheilen kann. Eine allgemeine Bezugnahme auf bestehende partikulare Ortsrechte ohne nähere Angabe der Art und Weise, durch welche eine Rechtsnorm, die zur Anwendung kommen soll, Geltung und verbindliche Kraft erlangt habe, kann nicht berücksichtigt werden.

OAGE. v. 19. Nov. 1855 Nr. 1211 53/54.

3.

Herkommen als Uebung eines Rechtes (im subjektiven Sinne.)

Vgl. Bd. VII S. 33 f., 142.

Der Kirchengemeinde F. war der Beweis eines Orts-Herkommens auferlegt, vermöge dessen den Markgrafen von B. als damaligen Landesherrn von F. die Baufälle an Kirche und Schule dortselbst zu wenden obgelegen. Dem versuchten Beweisantritte, welcher sich auf eine Reihe von Fällen der Bethätigung stützte, setzte der beklagte Fiskus den Einwand entgegen, ein Herkommen müsse immer eine ganze Klasse von Rechtssubjekten oder Objekten, einen gewissen Bezirk umfassen und könne sich nicht an das einzelne Recht anknüpfen; der Beweisantritt sei daher schon in der Anlage verfehlt und könne in keinem Falle einen Erfolg herbeiführen.

Dieser Einwurf wurde nach durchgeführtem Beweise von dem obersten Gerichtshof als ungegründet zurückgewiesen und in den Gründen hiezu bemerkt:

Das Herkommen im Sinne des rechtskräftigen Beweisinterlokutes hat nicht die Bedeutung eines wahren Gewohnheitsrechtes, welches sich in der Ausübung eines abstrakten Rechtssatzes offenbart, sondern vielmehr die eines ihm nachgebildeten materiellen oder attributiven Herkommens, welches ausnahmsweise die individuelle nur auf gleichem Wege einer oftmaligen Wiederkehr ermittelte Regel für die Zuständigkeit eines vereinzelten Rechtes in mehreren aufeinander folgenden Fällen oder die Befreiung von demselben vorstellet und befestigt. In diesem Sinne verordnet auch das preuß. LR. II, 11 §. 710, wo in Ansehung der Kosten zum Baue und zur Unterhaltung eines Kirchengebäudes durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse oder ununterbrochene Gewohnheiten eine gewisse Regel bestimmt sei, da habe es auch ferner dabei sein Bewenden. In gleichem Sinne gab schon früher das bayr. LR. IV, 7 §. 11 Nr. 5 u. 9 die Vorschrift, man gebe für den Todes- und Alimentationsfall kein doppeltes, sondern nur ein einfaches Handlohn, ausser wo von unfürdenklichen Zeiten ein Anderes bei dem Gute hergebracht sei. Die Quelle für diese Art des uneigentlichen und ausgearteten Herkommens, welches sich nur an ein konkretes Recht oder Rechtsverhältniß anknüpft, bildet gewissermassen das fr. 1 §. 23 de aqua et a. pluv. arc. (39, 3), wo es heißt: „Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere; sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, ... habuisse longa consuetu-

dine vel ex jure impositam servitutem videatur". Der Sinn dieser Stelle läuft offenbar darauf hinaus, wo man eine Urkunde über den Bestand der dinglichen Rechte an einem Grundstücke, wie Kauf- und Lehenbriefe, Sal- und Lagerbücher, Steuerkataster und Hypothekenbücher nicht vorfinde, da solle der uralte und hergebrachte Besitzstand deren Stelle vertreten, in Kraft einer Rechtsvermuthung, daß, so wie die Sache von jeher gehalten wurde, hiefür ein ursprünglicher nur in Vergessenheit gekommener Rechtstitel bestanden habe, mit der Folge, daß es auch für alle Zukunft dabei sein Verbleiben haben solle. — Der Einwurf des k. Fiskus, daß schon der Antritt des Beweises verfehlt sei, weil derselbe nicht auf eine unter der Herrschaft derselben Regel stehende ganze Klasse von Kirchen gerichtet sei, wovon die zu Faulenberg nur ein Individuum bilde, kann daher keine Berücksichtigung finden.

OAGE. v. 15. März 1856 in S. Faulenberg g. Fiskus. — Nr. $240^{54}/_{55}$. ****

4.

Erbeinsetzung des N. „respektive der Familie desselben".

X. hatte mit Umgehung seines Bruders den „N. resp. dessen Familie" zu Universalerben eingesetzt. Der Bruder als Intestaterbe griff das Testament aus mehreren Gründen als nichtig an, worunter auch der vorkam, es fehle an einer verständlichen Erbeinsetzung, die vorkommende sei perplex, weil sie im Unklaren lasse, wer die Familie sei, ob N. und seine Familie als Miterben eingesetzt, oder letztere vulgär oder fideikommissarisch substituirt sei. Der oberste Gerichtshof wies mit den beiden Vorinstanzen diesen Nichtigkeitsgrund zurück, weil ein Zweifel über die Art der Verbindung mehrerer eingesetzter Erben, wenn er überhaupt bestehe,

nur diesen selbst Anlaß geben könne, sich darüber auseinander zu setzen, von dem Dritten dagegen (nach Analogie dessen, was für die exceptio de jure tertii Rechtens) nicht zum Vorwande genommen werden könne, um die Rechte beider zu verleugnen oder umzustürzen.

OAGE. v. 29. März 1856. — Nr. $1831^{54}/_{55}$.

5.

Verzicht auf Adhäsion durch ein nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereichtes Gesuch um Verlängerung der Beweisfrist.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Die Adhäsion des Klägers ist materiell nicht zu würdigen, weil ihr dessen Verzicht auf dieselbe entgegensteht, indem er, nachdem ihm die Revision des Beklagten am 23. Febr. 1855 zugestellt worden, am 10. März um Suspendirung der Beweisfrist gebeten, und dadurch, da er seine Bitte ohne Vorbehalt und Protestation stellte, faktisch erklärt hat, gegen die ihm gemachte Beweisauflage nicht revidiren zu wollen, seine Adhäsion aber erst am 24. März einkam. GO. XV §. 10 in not. lit. b; Seuffert's Komment. Bd. IV S. 109, 110.

OAGE. v. 18. Mai 1855. Nr. $991^{54}/_{55}$.

6.

Prozeßführende Klöster. Kuratelkonsens.

Die in einer Rechtssache vorgeschützte dilatorische Einwendung, dem verklagten Kloster mangle der Kuratelkonsens zum Streite, wurde für unerheblich erachtet, indem die Annahme, daß es hier eines Kuratelkonsenses bedürfe, durch keine gesetzliche Bestimmung und eben so wenig durch die Gerichtspraxis in Bayern unterstützt werde.

Vgl. OAGAkt. Nr. $1755^{53}/_{54}$. 4.

7.

Ein Kloſter eidespflichtig. Wer hat zu ſchwören?

Das Zentralkloſter der armen Schulſchweſtern hatte in der Parteirolle des Beklagten einen Eid zu ſchwören. Die Gegner verlangten Ableiſtung durch den Beichtvater und den ganzen Konvent. Oberſtrichterlich wurde beſtimmt: es haben die Oberin des Kloſters und der Beichtvater zu ſchwören; indem unnöthige Vervielfältigung von Eidſchwüren richteramtlich nicht geſtattet, vielmehr ex officio abgeſchnitten werden ſolle.

OAGE. v. 15. Mai 1855. Nr. $1755^{53}/_{54}$.

8.

Actio negatoria. Beweislaſt, wenn Erlöſchung einer früher beſtandenen Servitut in Frage iſt.

Vgl. Bd. XX S. 180.

In einem Vorprozeſſe hatte der Beſitzer des Zeiſelrieder Hofes negatoriſch gegen die Gemeinde Langenreichen auf Aberkennung des von der Verklagten auf ſeine Grundbeſitzungen in Anſpruch genommenen Weiderechts geklagt. Die Klage hatte keinen Erfolg, indem als Reſultat der Verhandlungen angenommen wurde: rechtsverjährte Zeit hindurch ſei das Vieh der Gemeinde und des Zeiſelrieder Hofes zu einer Heerde vereinigt geweſen, und damit gemeinſchaftlich, wie auf den Feldern der Gemeindemarkung, ſo auf den Grundſtücken des genannten Hofes, ungeſtört geweidet worden.

Später trat die Gemeinde mit der Negatorienklage gegen die jetzige Beſitzerin des Zeiſelrieder Hofes auf, um das Vieh des Hofes von der Weide auf den anderen Feldern der Gemeinde auszuſchließen. Ueber die in den neueren Verhand-

lungen angeregte Beweislaſt-Frage äuſſern die Motive der oberſtrichterlichen Entſcheidung:

Die Gemeinde muß, als jetzige Klägerin, den bezeichneten rechtsverjährten Zuſtand, welcher ihr in dem Vorprozeſſe den Sieg verſchaffte, gegen ſich anerkennen, und zwar ungetheilt d. h. auch hinſichtlich der Weide des Zeiſelrieder Hofbeſitzers auf der Flurmarkung von Langenreichen. Daher kann ihre Negation des rechtlichen Charakters dieſes Zuſtandes nur als die Behauptung der Erlöſchung der Berechtigung aufgefaßt werden. In einem Falle der gegenwärtigen Art liegt aber, auch nach der Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche, gegen die von dem oberſten Gerichtshofe konſtant adoptirte Entſcheidung der hier in Frage ſtehenden gemeinrechtlichen Kontroverſe über die Beweislaſt bei der actio negatoria, dem ordentlichen Beſitzſtande des Negatorienbeklagten die Wirkung nicht beilegen, daß den Negatorienkläger die Beweislaſt der Nichtberechtigung treffe, — der Beweis der Aufhebung des feſtſtehenden Rechtszuſtandes ob.

Vgl. Vangerow Leitf. f. Pand. Vorl. ed. 3 Bd. 1 S. 711 (ed. 6 S. 883).

Es liegt daher für die klagende Gemeinde in der Beweisauflage, daß den Beklagten ein Weiderecht nicht zuſtehe, jedenfalls keine Beſchwerde . . . . .

OAGE. v. 4. Januar 1856. Nr. 661 54/55.

Zur Notiz.

Nach einem Schreiben an die Verlagshandlung wurde die auf den Schluß der regelmäßigen Folge fortzählende Paginirung der heurigen Ergänzungsblätter als Druckverſehen aufgefaßt. Dieſe Aenderung geſchah aber abſichtlich zur Vereinfachung der Allegirung.

Berichtigung. S. 465 a. E. der Inhaltsüberſicht ſtatt „Gnome" lies „Anzeige".

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Ergänzungsblatt. № 6. 21. Jahrgang.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Zuerkennung eines juramentum necessarium. — Eheliche Gütergemeinschaft und Intestaterbfolge des mit Kindern konkurrirenden Ehegatten nach bayreuther Recht. — „Vollständige Bezahlung" im Sinne des Hyp.-Ges. §. 64 Absatz 3.

Eintritt der Eidesunfähigkeit nach der Zuerkennung eines juramentum necessarium.

In diesen Blättern und zwar im heurigen Jahrgange Nr. 6 ist eine oberstrichterliche Entscheidung mitgetheilt, welche ausspricht, daß auf Antrag einer Partei über die Folge eingetretener Eidesunfähigkeit, resp. die Frage, ob der aufgetragene Eid für verweigert zu erachten sei, das Untergericht auch dann zu erkennen habe, wenn der in Rede stehende Eid oberrichterlich aufgetragen war. Die Frage der Kompetenz ist hiemit erlediget, offen belassen aber ist die Frage, wie erkannt werden müsse. Der Hr. Herausgeber dieser Zeitschrift hat in einer Schlußbemerkung angedeutet, in welchem Sinne er die Entscheidung angemessen erachte, indem er anführte: „Der sich durch zufälligen Verlust eines Beweismittels ergebende Nachtheil trifft den Beweisführer." Dieser Satz, allgemein hingestellt, ohne Rücksicht auf den an allegirtem Orte berichteten Fall, muß als richtig anerkannt werden; allein handelt es sich denn in dem vorliegenden Falle um den Verlust eines Beweismittels im gewöhnlichen Sinne oder handelt es sich um ein Beweismittel des Beweisführers? Diese Fragen müssen entschieden verneint werden. Die nothwendigen Eide sind

nicht Beweismittel in dem gewöhnlichen Sinne — vgl. statt aller andern Anführungen v. Bayer Vorträge VIII Aufl. S. 910 — sie sind Nothbehelfe für den Richter [1]). Gehen diese daher zu Verlust, so gehen nicht Beweismittel der Partei, sondern nothwendige Behelfe des Richters verloren. Derjenige, welcher etwas verloren hat, muß aber sich ein Surrogat schaffen und die Verschaffung dieses Surrogates liegt also hier dem Richter, nicht dem Beweisführer ob. Es ist ja gemeinrechtlich nicht einmal erforderlich, daß sich die Partei zum Erfüllungseide erbiete und bekannten Rechtens braucht nach bayerischem Prozeßrechte ein Erbieten zum Reinigungseid nicht einzutreten, somit ist auch hier das purgatorium als ein Expediens zur Vermeidung des non liquet, als Nothbehelf für den Richter klar anerkannt. Ob die eidespflichtige Partei sich bereit erklärt habe, den Reinigungseid zu leisten oder nicht, dürfte somit als ein superfluum ganz außer Betracht bleiben; keinesfalls aber darf dieses zum Nachtheile der Gegenpartei ausgebeutet und die Sache um so weniger dadurch von ihrem Standpunkte verrückt werden, als die GO. unter sehr bestimmten und engen, hier nicht vorliegenden Bedingungen auf diese Bereiterklärung Werth legt

---

[1]) Dieser Nothbehelfe hat sich der Richter nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften zu bedienen. Wenn eine Partei auf Grund der gesetzlichen Vorschriften diesen oder jenen Gebrauch der fraglichen Nothbehelfe, zum Zwecke der Erbringung eines ihr obliegenden Beweises, beantragt, so erscheint bei diesem Antrage auch der nothwendige Eid in der Stellung eines Mittels zum Zwecke der Beweisführung. Kann nun dem Antrage in Folge eines zufälligen Ereignisses nicht entsprochen werden, so ist es eine praktisch richtige Bemerkung, wenn man sagt: es ist für den Beweisführer der Verlust eines Beweismittels eingetreten. S.

(vgl. GO. cap. XIII §. 2 Nr. 7). Den angedeuteten Gesichtspunkten zufolge ergiebt sich aber, daß hier ein Fall vorliege, auf welchen keines der Auskunftsmittel angewandt werden kann, die bei dem Haupteide zulässig sind. Weder kann der Eid pro praestito, noch pro recusato gehalten, noch eine Beweisnachholung durch die Partei gestattet werden [2]). Gleichwohl dürfte aber ein Expediens sich finden, sobald man auf die Bestimmung der GO. in cap. XVI §. 1 Nr. 2 und in cap. XV §. 5 Nr. 8 Rücksicht nimmt. Hienach ergeben sich folgende Auskunftsmittel: Ist die Rechtssache in erster Instanz anhängig, so kann die beweispflichtige Partei den Richter um Restitution gegen die Sentenz auf den nothwendigen Eid angehen. Dieser hat nun zu erwägen, ob nach Eintritt der Eidesunfähigkeit des zum purgatorium Gelassenen es sich noch rechtfertige, bei der Auflage des purgatorium zu beharren, da in dieser Beziehung eben nach GO. cap. XIII §. 3 Nr. 8 das richterliche arbitrium durch die veränderte soziale Stellung des Eidespflichtigen und dessen Ehrenminderung ein anderes geworden und ihm nun die Auflage des suppletorium passender erscheinen dürfte. Versirt die Rechtssache in appellatorio, so ergiebt sich aus GO. cap. XV §. 5 Nr. 8 gleichfalls die Zulässigkeit der Restitutionsbitte und des entsprechenden Urtheils. Wie aber, frägt sich zuletzt, wenn das richterliche arbitrium trotz der eingetretenen Eidesunfähigkeit nicht genug bewiesen findet, um dem suppletorium des Gegentheils Statt zu geben? Hier scheint man unvermeidlich einem non liquet entgegengehen zu müssen. Allein hier darf doch der Nachtheil keine andere Person treffen, als die, welche den Richter in dieses Dilemma durch

---

[2]) Vgl. indessen Komment. u. d. GO. Bd. III Aufl. II S. 50. — S.

ihr Verschulden, gleichviel mittel- oder unmittelbares, gebracht hat und es dürfte hier sicher im Geiste des Gesetzgebers sein, auch bei nicht genau halber Probe auf das suppletorium zu erkennen. Hiefür sprechen seine eigenen Worte in den Anmerkungen zu cap. XIII §. 3 Nr. 8: „In zweifelhaften Fällen und da man anstehet, ob einem Theil das purgatorium, oder dem andern Theil das suppletorium aufzutragen sei, ist die erste Regel, daß man requisita von beiden Juramenten wohl betrachten solle, denn wo es hierin bei einem ermangelt, da fällt man alsdann ganz natürlich auf das andere Jurament [3]).“ Auch das OAG. zu Dresden scheint in dem in Seuffert's Archiv Bd. VII S. 155 mitgetheilten Erkenntnisse diese Ansicht zu theilen, indem es dort heißt: „Da dem Kläger durch Beklagtens Schuld das wichtigste Beweismittel verloren gegangen, so hat sowohl in Ansehung der Beschaffenheit der Beweismittel, als des Erfolges der durch sie zu begründenden Beweisführung ein besonderes billiges Ermessen [4]) einzutreten. Dr. Rau.

---

[3]) Natürlich unter der Voraussetzung, daß es an Erfordernissen des andern Juramentes nicht auch fehlt, und der Fall wirklich ein in der Art zweifelhafter war, daß die Waage schon vorneherein zwischen Erfüllungs- und Reinigungseid schwankte. Wo das vom Beweisführer Erbrachte einem halben Beweise sich nicht einmal annäherte, sondern nur einigen Verdacht zu erwecken geeignet war, kann Zuerkennung des Erfüllungseides auch dann nicht stattfinden, wenn die Ableistung des dem Gegner zuerkannten Reinigungseides durch Eintritt der Eidesunfähigkeit vereitelt wurde. S.

[4]) Zwischen einem solchen billigen Ermessen und gänzlichem Absehen von Ermangelung gesetzlicher Erforderniß ist ein wesentlicher Unterschied. S.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eheliche Gütergemeinſchaft und Inteſtaterbfolge des mit Kindern konkurrirenden Ehegatten nach bayreuther Recht.

Bei der Erbtheilung und Auseinanderſetzung zwiſchen dem Wittwer und ſeinen Stiefkindern über die Verlaſſenſchaft deren Mutter, mit welcher erſterer in Gütergemeinſchaft nach dem bayreuther Provinzialrecht gelebt hatte, wurde von demſelben das alleinige Eigenthum der vorhandenen Immobilien beanſprucht und nebſtdem geltend gemacht, daß ihm auch die Errungenſchaft ausſchließlich gebühre.

Dieſe Anſprüche wurden jedoch in allen drei Inſtanzen zurückgewieſen und die Entſcheidungsgründe des oberſtrichterlichen Erkenntniſſes vom 28. April 1856, Reg.-Nr. $1433^{54}/_{55}$, enthalten hierüber folgende Ausführung:

Nach Tit. VII §. 1 der bayreuther Landeskonſtitution vom 16. Sept. 1722 bildet die allg. Gütergemeinſchaft den geſetzlichen Vermögensſtand zwiſchen den Eheleuten, ſofern nicht durch Ehepakten hierüber andere Beſtimmungen getroffen wurden. Dieſer im §. 3 ausdrücklich benannten communio bonorum universalis iſt inhaltlich deſſelben das beiderſeitige Vermögen der Eheleute, es mag wirklich ein- und zugebracht ſein oder nicht, jedoch mit Ausnahme der Ritter- oder anderen Mannlehen, ſowie der Fideikommißgüter, unterworfen und zwar, wie ſich das Geſetz wörtlich ausdrückt, dergeſtalt, daß daſſelbe ein vermiſcht und vermengt Gut ſein ſoll.

Hierin beſteht nun gerade das Weſen dieſer allgemeinen und zwar materiellen oder inneren Gütergemeinſchaft, weil das beiderſeitige, dem (jedoch im Falle des Mißbrauchs beſchränkbaren) Mundium des Mannes unterſtellte Vermögen ſich zu einer ge-

meinſchaftlichen Maſſe vereinigt, in welcher das vorher jedem Ehegatten allein zugehörig geweſene Vermögen aufgeht und an deſſen Stelle ein intellektueller Theil jedes der Ehegatten an der Geſammtmaſſe tritt, während bei der blos formellen oder äußeren Gütergemeinſchaft die Güter dem Rechte nach getrennt bleiben und nur der Ausübung nach in der Hand des Mannes vereinigt werden.

Runde deutſches ehel. Güterrecht §. 33 S. 74 Nr. 3.

Arnold Beitr. zum deutſch. Privatrecht Bd 1 S. 174 Note 2.

Insbeſondere bezeichnet der bayreuther Rechtsgelehrte Heinrich Arnold Lange in der Lehre von der ehel. Gütergemeinſchaft S. 52 als charakteriſtiſche Kennzeichen der bayreuther ehelichen Gütergemeinſchaft, ſowie als Wirkungen des vermöge derſelben beſtehenden Condominii pro indiviso, daß die Frau für die Schulden des Mannes haftet, und daß der überlebende Ehegatte den verſtorbenen Ehegatten mit Ausſchluß aller Seitenverwandten als heres ex asse beerbt.

Im §. 6 l. c. der Landeskonſtitution wird auch mit ausdrücklichen Worten geſagt, daß, wenn weder Deszendenten noch Aszendenten vorhanden ſind, der überlebende Ehegatte „wegen obangeführter Kommunion" Inteſtaterbe ex asse, mit Ausſchluß der Geſchwiſter und übrigen Seitenverwandten des verſtorbenen Ehegatten ſein ſoll.

Die Anſicht, daß hier der Ausdruck „Erbe" uneigentlich gebraucht ſei, weil die Gütergemeinſchaft bereits einen ſolidariſchen Beſitz beider Ehegatten involvire und durch den Tod des einen Gatten der andere das alleinige Eigenthum durch Konſolidation erwerbe, beruht auf der ſonſt verbreiteten Idee eines ſ. g. Geſammteigenthums (dominium plurium in solidum.)

Dieſe Anſicht iſt jedoch in der neueren und

jetzt herrſchenden Doktrin aus überzeugenden Gründen für unrichtig erklärt und derjenigen der Vorzug gegeben worden, daß der Ueberlebende, auf welchen in dem bemerkten Falle das ganze Vermögen übergeht, bezüglich des idealen Theiles des verſtorbenen Ehegatten als Erbe des letzteren zu betrachten ſei.

Maurenbrecher Lehrb. des deutſch. Privatrechts §. 549 und 552, vergl. mit §. 211 und 541 2. Ausg.

Mittermaier Grundſ. des deutſch. Privatrechts §. 403 6. Ausg.

Runde a. a. O. §. 63, 65 und 104.

Aus den Beſtimmungen des bayreuther Provinzialrechts kann aber um ſo weniger gefolgert werden, daß durch die Gütergemeinſchaft ein Geſammteigenthum (dominium in solidum) begründet werde, in Folge deſſen mit dem Tode des einen Ehegatten das Vermögen in der Perſon des überlebenden konſolidirt wird, weil nicht das Prinzip der Kontinuität, d. i. der Nichtauflöſung der Vermögensgeſammtheit im Falle des Todes eines Ehegatten, ſondern das Prinzip der Abſchichtung oder Gütertrennung für den Fall, wenn der verſtorbene Ehegatte nebſt dem überlebenden auch Deszendenten oder Aszendenten hinterläßt, angenommen wurde.

Gengler Lehrb. des deutſch. Privatrechts §. 182 S. 978 und 1004.

Konſequent nach dieſem Prinzipe ſpricht daher die Landeskonſtitution von einer „Succeſſion der Eheleute und des Abgeſtorbenen Vermögen“ und erklärt den überlebenden Ehegatten als „Erben“ des verſtorbenen, und zwar in der Art, daß er beim Nichtvorhandenſein von Des- und Aszendenten als Erbe ab intestato ex asse, und bei der Konkurrenz von Erben in ab- oder aufſteigender Linie als Miterbe in den ihm geſetzlich beſtimmten Erbtheil berufen wird.

Landeskonſtitution l. c. §. 6, 7, 8 und 9.

Eine weitere Folge jenes Prinzipes beſteht darin, daß zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und den hinterlaſſenen Kindern keine Fortſetzung der Gütergemeinſchaft ſtattfindet.

Arnold a. a. O. S. 177 Note 1.

Bayerlein v. d. geſetzl. Erbfolge zw. Eltern und Kindern nach bayreuther Recht 1856 §. 5.

Gegenüber den Gläubigern iſt die Gütergemeinſchaft nach bayreuther Rechte allerdings eine ganz vollſtändige, indem die vereinigte Vermögensmaſſe beider Ehegatten für alle nicht nur während der Ehe, gleichviel ob mit oder ohne Zuſtimmung der Ehefrau kontrahirten, ſondern auch für die vorehelichen Schulden des einen oder anderen Theils haftet, und die Ehefrau ſich nur gegen künftige Gläubiger unter den geſetzlich beſtimmten Vorausſetzungen durch Warnung oder Andringen auf Vermögensſeparation ſchützen kann.

Landeskonſt. a. a. O. §. 5.

Arnold a. a. O. S. 166—170 Note 4 S. 174 Note 2.

Unter den Eheleuten ſelbſt iſt aber die Vermiſchung des Vermögens nicht von der Wirkung, daß bei einer Aufhebung der Gemeinſchaft, ſowie namentlich bei der im Falle des Todes eines Ehegatten eintretenden Gütertrennung, die geſammte Vermögensmaſſe und beziehungsweiſe die vorhandenen Schulden quotiell oder nach Verhältniß des Eingebrachten getheilt werden, ſondern es wird, nach Abzug der Paſſiva, von der beim Ableben des einen Ehegatten vorhandenen Geſammtmaſſe das Vermögen, welches der überlebende Ehegatte in die Ehe gebracht hat, gleichfalls ausgeſchieden und voraus weggenommen, und das, was alsdann noch von dem bisher gemeinſchaftlich geweſenen Vermögen übrig bleibt, bildet den zu vertheilenden reinen Nach-

laß, ohne Rückſicht, ob dieſer Reſt in irgend einem Verhältniſſe zu der Größe des urſprünglichen Vermögenstheiles ſteht.

Arnold S. 177 Note 1. Bayerlein §. 4 S. 5.

Dieſes iſt inſonderheit für den Fall vorgeſchrieben, wenn mit dem überlebenden Ehegatten Kinder aus derſelben oder aus einer früheren Ehe des verſtorbenen Ehegatten konkurriren, und in dieſem Falle erhält der überlebende Ehegatte aus der reinen Theilungsmaſſe einen gleichen Kindstheil als Erbportion.

Landeskonſtitution a. a. O. §. 7 und 8.

Aus der geſetzlich vorgeſchriebenen rangweiſen Vermögensausſcheidung, wodurch ſich das Verhältniß zwiſchen den Gläubigern, dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verſtorbenen zur Geſammtmaſſe in der vorherbemerkten Art dahin feſtſtellt, daß

1) vor Allem und gleichſam in erſter Klaſſe die ſämmtlichen Gläubiger zum Zuge kommen, ſodann
2) das eingebrachte Vermögen des überlebenden Ehegatten in zweiter Reihe vorweg berichtigt wird, und
3) der nach dieſen beiderlei Abzügen übrig bleibende Reſt des bisher gemeinſchaftlich geweſenen Vermögens den zu theilenden Nachlaß des verſtorbenen Ehegatten bildet,

folgt von ſelbſt, daß aller dem Vermögen während der Gemeinſchaft zugekommene Gewinn nicht dem auszuſcheidenden Vermögenstheile, ſondern nur dem reſiduirenden zuwächſt, ſo wie dagegen auch aller Verluſt zunächſt nur dieſen letzteren trifft, und daß daher von einer Berechnung und Theilung der Errungenſchaft oder der Einbuße bei der erbſchaftlichen Vermögenstheilung keine Rede ſein kann, indem dieſes blos bei dem Syſtem der Errungenſchaftsgemeinſchaft vorkommt, welches dem bayreuth.

Rechte völlig fremd iſt. Bayerlein §. 6. Arnold S. 177 Note 1.

Der Aufſtellung des Revidenten, daß die Errungenſchaft nicht zum Nachlaſſe der Frau, ſondern zu dem Vermögen des Mannes gehöre, ſteht der von ihm in Bezug genommene §. 7 der Landeskonſt. geradezu entgegen. Da nämlich nach der Beſtimmung der §§. 7 u. 8, wenn nebſt dem überlebenden Ehegatten Kinder aus der Ehe deſſelben mit dem verſtorbenen Ehegatten, oder aus einer vorigen Ehe des letzteren vorhanden ſind, der überlebende Ehegatte, es ſei Vater oder Mutter, nach getilgten Paſſiven und nach Vorwegnahme ſeines Eingebrachten, wozu bezüglich des Mannes auch das gerechnet wird, was er von dem ſeinigen in das Haushalten erweislich verwendet hat, einen gleichen Kindestheil alles hinterlaſſenen Vermögens erben und bekommen ſoll, ſo ergibt ſich hieraus von ſelbſt, daß in dem reſiduirenden d. i. als hinterlaſſen bezeichneten Vermögen des verſtorbenen Ehegatten, es mag dies der Mann oder die Ehefrau ſein, aus welchem der überlebende Ehegatte einen gleichen Kindestheil zu empfangen hat, auch die Errungenſchaft begriffen iſt.

Etwas Gegentheiliges kann auch aus §. 15 l. c. nicht gefolgert werden, woſelbſt für den Fall, wenn der Mann vor dem Weibe ſtirbt und das Weib ihr Eingebrachtes weder durch legale Quittung noch auf andere nicht mit Weitläuftigkeit verbundene Art beweiſen könnte, behufs der Theilung des väterlichen Nachlaſſes zwiſchen der Frau und den Kindern (in ordine ad liberos) beſtimmt iſt, daß alsdann der dritte Theil alles vorhandenen Vermögens, worunter auch der acquaestus conjugalis mitbegriffen, für des Weibes Ein- und Zugebrachtes, alle übrige Verlaſſenſchaft aber, es ſei während der Ehe errungenes oder anderes, für Väterliches gehalten und geachtet werden ſoll.

Durch diese Bestimmung ist an den in den §§. 7 u. 8 aufgestellten Theilungsgrundsätzen nichts geändert, nach welchen die Errungenschaft zum nachgelassenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten gerechnet wird; und daraus, daß dieselbe, wenn der Ehemann gestorben ist, zu dessen Nachlaß gehört, folgt noch keineswegs, daß sie ihm allein gebühre, wenn er die Frau überlebt und mit Kindern bei ihrem Nachlasse konkurrirt.

Da, wie bereits bemerkt, das Prinzip der Gütertrennung bei'm Ableben eines Ehegatten in bayreuth. Provinzialrechte angenommen ist, damit aber das während der Ehe bestandene Condominium pro indiviso der beiden Ehegatten aufhört und in Folge dessen nach den mehrerwähnten gesetzlichen Bestimmungen die Errungenschaft einen Bestandtheil des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten bildet, so findet der Scheingrund, daß der überlebende Ehegatte mit dem ihm zu Theil werdenden Kindestheile dasjenige bekomme, was ihm bereits eigenthümlich gehört habe, von selbst seine Widerlegung.

Es zeigt sich sonach der vom Revidenten geltend gemachte ausschließliche Anspruch auf die Errungenschaft und insonderheit auf die Immobilien, welche von ihm nicht eingebracht, sondern erst während der Ehe, aber nicht mit seinem eingebrachten Vermögen angeschafft wurden, ungegründet. Es gehören vielmehr dieselben zur Errungenschaft und bilden mit dieser einen Bestandtheil des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau, welchen er mit den erstehelichen Kindern derselben gleichheitlich zu theilen hat. G.

2.

„Vollständige Bezahlung" im Sinne des Hyp.-Ges. §. 64 Absatz 3.

Vgl oben S. 305 f.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

Die Bestimmung des §. 64 Abs. 3 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822, wonach in Ansehung des Einlösungsrechtes der neuere Hypothekgläubiger vor dem älteren nur gegen dessen vollständige Bezahlung den Vorzug hat, ist nach ihrem Wortlaute und inneren Zusammenhang mit der unter derselben Rubrik (von den Wirkungen der Hypotheken) enthaltenen Vorschriften in den §§. 42 und 43 nicht so zu verstehen, als ob die Befriedigung, welche dem abzulösenden älteren Hypothekgläubiger zu Theil werden soll, alles dasjenige zu umfassen habe, was dieser Gläubiger an Hauptsumme, rückständigen Zinsen und Kosten zu fordern hat, und wofür ihm das dingliche Recht und die daraus hervorgehende dingliche Klage (actio hypothecaria), so lange der Schuldner die hypothezirte Sache besitzt, diesem gegenüber zusteht. Diese Befriedigung beschränkt sich vielmehr auf vollständige Zahlung derjenigen Summe, bezüglich welcher der abzulösende Gläubiger den konkurrirenden anderen Gläubigern gegenüber nach Maßgabe der Einträge im Hypothekenbuche wirklich als der ältere und somit bevorzugte Gläubiger erscheint.

In §. 42 a. a. O. ist nämlich bestimmt, daß die Hypothek sich sowohl gegen den Schuldner als gegen jeden dritten Besitzer der Sache nebst dem Kapital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn dasselbe als ein verzinsliches im Hypothekenbuche eingetragen ist (§. 22 Nr. 8), erstrecke. In §. 43 ist dann weiter verfügt, daß wegen früherer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Beitreibung einer Hypothekforderung entstandenen Streitkosten der Gläubiger das dingliche Recht auf die hypothezirte Sache zwar gegen seinen Schuldner habe, so lange dieser die Sache besitzt, daß er es aber weder gegen einen dritten Besitzer der

Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothekgläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld oder im Falle eines Konkurses eine Stelle in der zweiten Klasse verlangen könne. Damit übereinstimmend ist in §. 16 der Prioritätsordnung gesagt, daß der Vorzug der Hypothekgläubiger unter sich, den Bestimmungen der §§. 49 und 60 des Hypothekengesetzes gemäß sich nach dem Zeitpunkte richte, wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der anderen in das Hypothekenbuch eingetragen sei, und daß dieser Vorzug des Kapitals sich auch auf die bedungenen Zinsen des bei der Konkurseröffnung laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, dann auf die während des Konkurses weiter verfallenden Zinsen erstrecke, jedoch nur alsdann, wenn das Kapital als ein verzinsliches in das Hypothekenbuch eingetragen ist.

Die Beschränkung in Ansehung dritter Besitzer und anderer Hypothekgläubiger beruht auf der Absicht des Gesetzgebers, alle Nachtheile, welche aus einer Unbestimmtheit der Forderung entstehen könnten, von ihnen abzuwenden und sie nur den Rechtsfolgen zu unterwerfen, welche sie nach den Einträgen im Hypothekenbuche bemessen konnten;

vgl. Hyp.-Ges. §. 19, 22 Nr. 8. Gönner Komment. Bd. I S. 204.

Eben deßwegen, und um das Interesse des Gläubigers, der für ältere Zinsrückstände und sonstige Accessorien noch nicht befriedigt ist, und im Verhältnisse zum Schuldner auch dinglich berechtigt erscheint, mit dem der übrigen Betheiligten in Einklang zu bringen, ist ersterem in §. 12 Nr. 11 a. a. O. ein zureichendes Mittel zu seiner Sicherstellung geboten. Er kann nämlich wegen der nicht über zwei Jahre alten rückständigen Zinsen von Hypothekschulden — außer den bedungenen Zinsen, welche den Rang des Kapitals haben —

und wegen der durch Ausklagung und Eintreibung der Hypothekschulden entstandenen Streitkosten auf dem Gute, worauf seine Hypothek eingetragen ist, eine eigene und neue Hypothek erwerben. Unterläßt es der Gläubiger, diesen ihm vom Gesetze gegebenen Titel zur Erwerbung zu benützen und den Eintrag jener Accessorien in das Hypothekenbuch bewerkstelligen zu lassen, so ist dieß eine Nachlässigkeit, deren Folgen er sich selbst zuzuschreiben hat.

Es ist ein das ganze Hypothekenrecht durchdringendes und im §. 25 des Hyp.-Ges. sehr bestimmt ausgeprägtes Prinzip, daß jede im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, der sich nach den im Hypothekenbuche befindlichen Einträgen gerichtet hat und dabei in gutem Glauben war, auf alle die rechtlichen Wirkungen Anspruch machen kann, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind. Die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches erstrecken sich daher ebensowohl auf dasjenige, was darin wirklich eingetragen ist, als auch das, was darin fehlt, insofern ein Verhältniß oder Rechtsgeschäft, wenn es eingetragen wäre, auf die Gültigkeit oder Wirksamkeit eines andern Rechtsgeschäfts Einfluß hätte.

Gönner a. a. O. S. 276.

Wenn daher einem dritten Besitzer einer verpfändeten Sache und anderen Hypothekgläubigern gegenüber lediglich die Einträge im Hypothekenbuche maßgebend sind, ein Gläubiger aber versäumt hat, für ältere Zinsrückstände einen bezüglichen Eintrag zu erwirken, so kann er — im Verhältnisse zu den genannten Betheiligten und abgesehen von seinen persönlichen Beziehungen zum Schuldner und seinem dinglichen Rechte an der Sache während des Besitzes durch diesen — hinsichtlich jener nicht privile-

girten Accessorien überhaupt gar nicht als Hypothek-Gläubiger, und am allerwenigsten als ein älterer Berechtigter, wenn sich der ingrossirten Kapitalschuld andere Inskriptionen anreihen, welchen der Eintrag der Accessorien nachgehen würde, in Betracht kommen.

Hiernach kann also der Absatz 3 des §. 64, wie schon oben bemerkt, nur die Bedeutung haben, daß der jüngere Hypothekgläubiger, der das Einlösungsrecht ausüben will, dem sich gleichfalls darum meldenden älteren Hypothekgläubiger nur das zu vergüten hat, wofür ihm eine wirksame ältere Hypothek zusteht. Das Wort „vollständig", woran sich Revident bei seiner vorzugsweise grammatikalischen Interpretation hält, ist augenfällig nur um deßwillen in die beregte Bestimmung aufgenommen worden, um damit auszudrücken, daß es nicht genügt, wenn der einlösende jüngere Hypothekgläubiger bloß das Meistgebot behufs der Vertheilung unter die konkurrirenden Gläubiger nach Maßgabe des ihnen zukommenden Ranges realisirt, sondern, daß noch überdieß erfordert wird, falls der ältere Hypothekgläubiger bei dieser Vertheilung des Preises zu kurz kommen und seine durch den Eintrag gesicherte Hypothekforderung nicht im vollen Betrage erhalten würde, ihn auch hiefür d. h. nicht bloß theilweise mittelst des Meistgebotes, sondern vollständig durch eine entsprechende Zulage zu befriedigen. Wollte man umgekehrt im Sinne des Revidenten den jüngeren Hypothekgläubiger für verpflichtet halten, auch die nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Zinsrückstände der abzulösenden Schuld zu vergüten, so wäre dieß ein auffallender Verstoß gegen das Prinzip des §. 25 und zugleich eine Verkennung des in §. 64 Abs. 3 selbst ausgedrückten Grundsatzes der Priorität.

Unmöglich kann nämlich ein Gläubiger durch

Unterlassung eines gesetzlich gebotenen Eintrags in das Hypothekenbuch anderen Gläubigern gegenüber mehr Vortheile erlangen, als wenn er den Eintrag wirklich vorgenommen hätte. Eine solche Abnormität könnte aber eintreten, wenn man einen Gläubiger, der hinsichtlich des Kapitals und der Zinsen des laufenden und unmittelbar vorhergegangenen Jahres bevorzugt ist, auch in Ansehung der älteren Zinsrückstände als älteren oder vorgehenden Gläubiger betrachten wollte, während er bei einem wirklich erfolgten Eintrag bezüglich jener Accessorien nur den Rang eines jüngeren Gläubigers mit allen daraus hervorgehenden Konsequenzen einnehmen würde.

Vergebens beruft sich Revident noch auf den Zusammenhang des §. 64 mit der Bestimmung über Ablösung in §. 63, wonach die Befriedigung des abzulösenden Gläubigers in dem ganzen Umfange der Hypothekklage, also auch in Ansehung aller rückständigen Zinsen und Kosten zu geschehen habe. Denn im Falle des §. 63 kann der Gläubiger, welcher ablösen will, über den Umfang seiner Leistungen nicht im Zweifel sein, da ja die sämmtlichen Ansprüche Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung waren; während bei einer gezwungenen Veräußerung der einlösende Gläubiger sich zunächst nach dem Inhalte des Hypothekenbuches richtet, und die anderweitigen Forderungen eines vorangehenden Gläubigers ihm möglicherweise erst nach Anmeldung des Einlösungsrechtes und nach der Adjudikation bekannt werden .....

OAGE. v. 18. Juli 1856. Nr. 1309 55/56.

Gnome.

Max Joseph's Kober ist nun hundert Jahre alt;
Ihn zu verjüngen, macht viel Müh' und Aufenthalt.

Red.: J. A. Seuffert. Verl.: Palm & Enke. (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

MÜNCHEN

Digitized by Google